

Hva er av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde” i henhold til forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2?

Om taushetsplikt for næringsopplysninger

Veileder: Jan Fridthjof Bernt

Kandidatnr: 175260

Leveringsfrist: 01.06.2010

Til sammen 14593 ord

30.05.2010

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	4
1.1 OM PROBLEMSTILLINGEN	4
1.2 STRUKTUR OG AVGRENSNINGER	5
1.3 OM RETTSKILDENE	6
2 FORMÅL OG HENSYN BAK BESTEMMELSEN	7
2.1 FORMÅLET MED BESTEMMELSEN	7
2.2. LEGISLATIVE HENSYN BAK BESTEMMELSEN	10
2.2.1 GENERELT	10
2.2.2 LEGALITETSPRINSIPPET	12
3 OM VILKÅRENE FOR TAUSHETSPLIKT ETTER § 13 FØRSTE LEDD NR. 2	13
4 OPPLYSNINGENES ART	14
4.1 GENERELT	14
4.2 OPPLYSNINGER SOM ANTAS Å FALLE UTENFOR ETTER FORARBEIDENE	16
4.3 KAN FORSKNINGSRESULTATER OMFATTES?	18
5 KRAVET OM AT OPPLYSNINGENE MÅ VÆRE AV "KONKURRANSEMESSIG BETYDNING Å HEMMELIGHOLDE"	20
5.1 GENERELT	20
5.2 KRAVET OM HEMMELIGE OPPLYSNINGER	22
5.2.1 OM FORHOLDET TIL § 13A NR. 3	22
5.2.2 HVA MÅ TIL FOR AT OPPLYSNINGENE ER TILSTREKKELIG HEMMELIGE?	24
5.2.2.1 Om vurderingen	24
5.2.2.2 Ukjente opplysninger	25
5.2.2.3 Utilgjengelige opplysninger	28
5.2.3 KAN DET KREVES AT BEDRIFTEN HAR MARKERT ET KRAV OM HEMMELIGHOLD UTAD?	31
5.3 HVA KREVES FOR AT DET ER AV "KONKURRANSEMESSIG BETYDNING" Å HEMMELIGHOLDE OPPLYSNINGENE?	33
5.3.1 GENERELT	33
5.3.2 OM FORARBEIDENE OG BESTEMMELSENS KJERNEOMRÅDE	34
5.3.3 SITUASJONEN FOR FORHOLD SOM FALLER UTENFOR FORARBEIDENES KJERNEOMRÅDE	36
5.3.4 OM DEN KONKRETE VURDERINGEN	38
5.3.5 HVOR STOR BETYDNING HAR OPPLYSNINGENE FOR BEDRIFTEN?	39
5.3.5.1 Konkretisering av betydningen for virksomheten	39
5.3.5.2 Der andre forhold er av betydning for konkurransen	43
5.3.6 BEDRIFTENS SUBJEKTIVE VURDERING OG PRAKSIS ELLERS I BRANSJEN	44
5.3.7 TILLIT TIL FORVALTNINGEN	45
5.3.8 BEHOVET FOR INNSYN	46
5.3.8.1 Avgrensning av taushetsplikten mot kritikkverdige forhold ved virksomheten	46
5.3.8.2 Demokratiske hensyn kan tilsi åpenhet	48

6 OPPSUMMERING	51
7 LITTERATURLISTE	53
7.1 LITTERATUR	53
7.2 FORARBEIDER	55
7.3 DOMMER OG UTTALELSER	56

1. Innledning

1.1 Om problemstillingen

I svært mange sammenhenger innhentes det opplysninger om privatpersoner og foretak for bruk hos offentlige organ og myndigheter. Dette henger sammen med nye arbeidsoppgaver og nye metoder for det offentlige. Særlig vil en stadig større grad av digitalisering påvirke den tilgjengelige informasjonsmengden.

Samtidig er det i økende grad ansett som et viktig prinsipp at åpenhet i det offentlige sikrer allmennheten innsyn. Kombinasjonen av store mengder informasjon om private og juridiske personer samlet hos ulike offentlige kontorer og etater, og forventningen om en stor grad av åpenhet og innsyn, byr på visse utfordringer. Samtidig som det bør praktiseres åpenhet, er det også rimelig at den som informasjonen angår har en viss kontroll med hvem som kan benytte seg av den.

Her kommer reglene om taushetsplikt inn. I den offentlige debatt er det gjerne hensynet til personvern som er tema når det gjelder den enkeltes rett til å kontrollere sine opplysninger hos det offentlige. Dette er utvilsomt et viktig hensyn, og det som oftest er tema når det er snakk om taushetsplikt.

Imidlertid ønsker jeg med denne oppgaven å rette søkelyset mot en annen form for begrensning av allmennhetens innsynsrett som også kan være av stor betydning, men som kanskje ikke alltid blir viet like stor oppmerksomhet. Dette gjelder hensynet til forretningsmessige og økonomiske interesser hos den private part.

Dette danner bakteppet for det som er oppgavens tema, nemlig taushetsplikt for næringsopplysninger etter forvaltningsloven¹ § 13 1. ledd nr. 2. Bestemmelsen lyder som følger:

¹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

”Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om:

(...)

- 2) tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.”

Nærmere bestemt ønsker jeg å gjøre rede for hvilke opplysninger bestemmelsen retter seg mot. Det sentrale spørsmålet i oppgaven blir derfor hva som etter § 13 er av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”, og dermed omfattet av taushetsplikten.

1.2 Struktur og avgrensninger

Jeg vil primært fokusere på hovedvilkåret i § 13 1. ledd nr. 2 som gjelder opplysninger det er ”av konkurransemessig betydning å hemmeligholde”. Problemstillingen er hvilke opplysninger som er objekt for denne taushetsplikten.

Dette medfører for det første at jeg vil avgrense mot en vurdering av hvem som er subjekt for taushetsplikten. Det vil derfor ikke bli nærmere behandlet hvem som antas å være i ”tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan” etter § 13, eller hvordan de konkrete opplysningene må ha kommet til dennes informasjon.

For det andre vil jeg avgrense fremstillingen mot de unntak fra taushetsplikten som følger av forvaltningsloven. Dette gjelder begrensningene som følger av §§ 13a-13e, og de særlige bestemmelsene som gjelder for sakens parter i §§ 18 og 19.

I det videre vil jeg i del 2 gå nærmere inn på bestemmelsens formål og sentrale bakenforliggende hensyn. Deretter presenteres vilkårene for taushetsplikt som kan stilles opp etter bestemmelsen i del 3. Disse behandles så i del 4 og del 5 om hvilke krav som stilles til henholdsvis opplysningenes art, og virkningen av at disse offentliggjøres for at taushetsplikt

skal foreligge. Endelig oppsummerer jeg de sentrale punktene for tolkningen av bestemmelsen i del 6.

1.3 Om rettskildene

Rettskildemessig er det viktigste utgangspunktet for drøftelsen bestemmelsen i forvaltningsloven § 13 nr. 2. Lov om behandlingsmåter i forvaltningen – forvaltningsloven – har siden den ble vedtatt 10. februar 1967 gjennomgått flere endringer. Bestemmelsen om taushetsplikt i § 13 kom først inn ved en lovendring i 1977.² Dette var som følge av et stadig økende behov for generelle regler om tjenestemessig taushetsplikt.³ Den gang lød lovens materielle vurderingstema som følgende:

”2) tekniske innretninger, produksjonsmetoder, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet.”

I forbindelse med endringen av offentlighetsloven i 1982⁴ ble bestemmelsen endret til sin nåværende form. Den fikk da samme ordlyd som den tidligere offentlighetsloven § 6 nr. 4 hadde hatt. Praksis etter den eldre bestemmelsen i offentlighetsloven kan derfor gi rettledning om rekkevidden av § 13 1. ledd nr. 2.⁵ Det fremgår av endringslovens forarbeider at bakgrunnen for denne endringen var at det var ”kommet svært mange signaler i retning av at taushetsplikten etter § 13 første ledd nr 2 i mange tilfelle er for snever.”⁶ Man ønsket med andre ord å få et sammenfall mellom taushetspliktregelen og den videre unntaksregelen i offentlighetsloven.

Ellers er de viktigste forarbeidene å finne i Ot.prp. nr. 3 (1976-77) som gjelder endringen av forvaltningsloven i 1977. Imidlertid omhandler ikke uttalelsene her loven i sin nåværende form. Betydningen av dette tar jeg opp under punkt 5.3.2.

² Lov 27. mai 1977 nr. 40 om endringer i forvaltningsloven.

³ Frihagen 1979 s. 13

⁴ Lov 11. juni 1982 nr. 47 om endringer i offentlighetsloven

⁵ Frihagen 1986 s. 272

⁶ Ot.prp.nr.4 (1981-1982) s. 35

Det er sparsommelig med rettspraksis omkring bestemmelsen. Selv har jeg kun funnet en Høyesterettsdom som behandler § 13 1. ledd nr. 2.⁷ Dette medfører at det meste av relevant praksis er å finne i Sivilombudsmannens uttalelser, samt i tolkningsuttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling.

I utgangspunktet utgjør ikke uttalelsene fra Lovavdelingen og Sivilombudsmannen tungtveiende rettskilder, sammenlignet med lovtekst, forarbeider og høyesterettspraksis. Men det er ikke tvilsomt at særlig Sivilombudsmannens uttalelser blir tillagt stor vekt i praksis, og som regel fulgt opp av forvaltningen.⁸ På samme måte blir Lovavdelings uttalelser også tillagt stor vekt.⁹ Innenfor forvaltningsrettens område må uttalelser fra disse instansene derfor antas å være av betydelig relevans i tolkningsspørsmål. Spesielt gjelder dette i fravær av andre, mer tungtveiende rettskildefaktorer.

2 Formål og hensyn bak bestemmelsen

2.1 Formålet med bestemmelsen

I norsk rett gjelder som rettslig utgangspunkt allmennhetens rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter. Dette prinsippet er lovfestet i offentleglova¹⁰ § 3 som fastsetter at unntak fra denne innsynsretten må ha hjemmel i lov eller forskrift med hjemmel i lov.

Slike unntaksregler er det imidlertid mange av, både obligatoriske og fakultative. De fleste fakultative unntaksreglene i offentleglova kapittel 3 gjelder av hensyn til offentlige interesser. Her kan dokumenter og opplysninger unntas fra innsyn med hensyn til for eksempel den interne saksbehandling (§§ 14-16), utenrikspolitiske interesser (§ 20) eller av hensyn til det offentliges forhandlingsposisjon med mer (§ 23).

⁷ HR-2010-562-A, omtalt under punkt 5.3.5.1

⁸ Bernt/Rasmussen s. 103

⁹ Eckhoff 2001 s. 231, se også Eckhoff/Smith 2010 s. 37-38

¹⁰ Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentleg verksemd (offentleglova)

Derimot er de obligatoriske taushetsreglene i forvaltningsloven § 13 gitt til vern for private interesser. Første ledd nr. 1 gjelder *personlige forhold* og skal ivareta behovet for beskyttelse av sensitive eller private opplysninger om enkeltpersoner. Første ledd nr. 2 gjelder derimot private interesser i form av *næringsopplysninger* for bedrifter og andre næringsdrivende.

Generelt er det et grunnleggende premiss for unntaksreglene i offentleglova at disse kun kan benyttes unntaksvis, slik at utgangspunkt og hovedregel skal være offentlighet og innsyn. Etter offl. § 11 skal forvaltningen vurdere *merinnsyn* der det er adgang til å unnta opplysninger fra offentlighet. Det følger av bestemmelsen at ”Organet bør gi innsyn dersom omsynet til offentlig innsyn veg tyngre enn behovet for unntak.” Sett i lys av formålsparagrafen i offl. § 1, og grunnlovfestingen av offentlighetsprinsippet i grl. § 100 femte ledd, er det mye som taler for at forvaltningen i disse tilfellene er forpliktet til å gi innsyn.¹¹

For taushetsbelagte opplysninger er imidlertid utgangspunktet det motsatte. Her har den som er vernet av taushetsplikten, full rådighet over opplysningene. Slike opplysninger kan som utgangspunkt bare meddeles andre med vedkommendes samtykke, jf. fvl. § 13a nr. 1.

Når det er gjort et absolutt unntak i fvl. § 13 første ledd nr. 2 for næringsopplysninger som det er av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”, betyr dette at allmennhetens innsynsrett må vike fordi den opplysningene gjelder kan motsette seg offentliggjøring når dette vilkåret er oppfylt.

Heller ikke den som er part i samme sak som dokumentet angår, vil ha innsynsrett der det er tale om opplysninger ”som angår tekniske innretninger, produksjonsmetoder, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet”, se fvl. § 19 første ledd bokstav b, men her foreligger det ikke taushetsplikt, se fvl. § 13b første ledd nr. 1.

Forvaltningen kan etter en konkret vurdering bestemme at andre parter skal gis innsyn i slike

¹¹ Eckhoff/Smith 2010 s. 243, Bernt/Hove s. 130, se forøvrig også Jan Fridthjof Bernt: ”Allmennhetens innsyn i det offentliges virksomhet - En oversikt”, *Jussens Venner*, 2009 s. 265-284 (s. 271)

opplysninger, men da med taushetsplikt og forbud mot å nyttiggjøre seg disse utenfor den aktuelle saken, se § 13b andre ledd, første og andre punktum.¹²

Spørsmålet om når det kan og bør gis slikt partsinnsyn i taushetspliktbelagte opplysninger, kan være vanskelig, men utgangspunktet vil klart nok være at slikt innsyn ikke gis. Som nevnt i innledningen vil jeg ikke gå nærmere inn på denne problemstillingen.¹³

Ved brudd på taushetsplikten kan den som lider tap som følge av dette, etter forholdene ha krav på erstatning fra tjenestemannen personlig eller fra forvaltningsorganet.¹⁴ I utgangspunktet vil brudd på taushetsplikten også utgjøre en saksbehandlingsfeil etter fvl. § 41. Det er imidlertid vanskelig å se for seg at dette i seg selv kan føre til ugyldighet.¹⁵

Videre er brudd på taushetspliktreglene straffbart. Det følger av straffeloven § 121 første ledd at:

”Den som forsettlig eller grovt uaktsomt krenker taushetsplikt som i henhold til lovbestemmelse (...) følger av hans tjeneste eller arbeid for statlig eller kommunalt organ, straffes med bøter eller med fengsel inntil 6 måneder.”

Da brudd på taushetsplikten etter fvl. § 13 gir grunnlag for å ilegge straff, blir det her et spørsmål om hvilken betydning legalitetsprinsippet vil ha som tolkningsstandard.¹⁶ Dette kommer jeg tilbake til i punkt 2.2.2.

¹² Bernt/Rasmussen s. 245 og 270-271, Eckhoff/Smith 2010 s. 259 og 290 mv.

¹³ Om taushetsplikten overfor sakens parter, se også Frihagen 1986 s. 294 mv. og Frihagen 1979 s. 116-122

¹⁴ Frihagen 1979 s. 40, og Bernt/Rasmussen s. 112 mv. som går nærmere inn på dette.

¹⁵ Frihagen 1979 s. 40

¹⁶ Om dette: Jan Fridthjof Bernt: ”Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett - noen prinsipielle betraktninger”, *Jussens Venner*, 1983 s 119-135 (s.128), se også Bernt/Rasmussen s. 93 og Graver s. 79 mv.

2.2. Legislative hensyn bak bestemmelsen

2.2.1 Generelt

Formålet med bestemmelsen i fvl. § 13 første ledd nr. 2 er å beskytte den næringsdrivendes interesser når vedkommende gir fra seg opplysninger til forvaltningen. Dette hensynet gjør seg sterkest gjeldende i de tilfeller hvor det er pålagt å oppgi opplysninger til et forvaltningsorgan.¹⁷ Men også når den næringsdrivende mer eller mindre frivillig oppgir opplysninger, som ved søknad om ulike tillatelser eller konsesjoner fra det offentlige, vil det kunne være behov for vern av sensitive opplysninger.

Dette behovet gjør seg først og fremst gjeldende for de opplysninger som gjelder forretningshemmeligheter, og som vil påføre bedriften tap dersom de blir utnyttet av konkurrerende virksomheter. Fra bedriftens perspektiv vil det også kunne være skadelig for virksomheten dersom andre typer opplysninger kommer ut, men det fremgår av loven det som er skjermet på denne måten, bare er opplysninger ”det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde”.

For parten vil det selvsagt være viktig at han kan legge frem alle relevante opplysninger som støtter hans sak, uten å risikere at disse blir kjent av andre. Også fra det offentlige side er det viktig å ivareta og øke tilliten til forvaltningen hos private parter.¹⁸ Dette vil gjerne bidra til et bedre samarbeid mellom forvaltningen og den næringsdrivende, når den som gir fra seg opplysninger til det offentlige kan være trygg på at disse behandles konfidensielt om nødvendig. Et slikt tillitsforhold vil bidra til at det i større grad oppgis fullstendige og korrekte opplysninger. Dette vil igjen skape positive effekter ved at den enkelte sak blir bedre opplyst.

I forlengelsen av dette er det også grunn til å påpeke at økt internasjonal handel og næringsvirksomhet kan tilsi et sterkere vern for næringsopplysninger. Her kan det være avgjørende at vernet av forretningshemmeligheter fremstår som solid overfor utenlandske samarbeidspartnere og investorer, og særlig dersom det er slik at bedrifter i Norge har en mer vidtgående opplysningsplikt til forvaltningen enn i andre land. Slik vil også

¹⁷ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 141

¹⁸ Ibid.

samfunnsøkonomiske hensyn og hensyn til norsk næringslivs konkurransedyktighet spille inn på dette området.¹⁹

Det sentrale mothensynet mot taushetsplikt vil være det nevnte prinsippet om offentlighet i forvaltningen og de demokratiske og kontrollmessige verdier som er knyttet til slik innsynsrett. Ved tolkingen av § 13 kommer dette på spissen som en spenning mellom den næringsdrivendes behov for beskyttelse av opplysninger hvor offentliggjøring kan medføre tap, og samfunnets behov for åpenhet om og innsyn i grunnlaget for forvaltningsmessige avgjørelser. Det siste gjelder både mer generelt, og som i ledd av utredningen av en konkret sak.

Her vil det naturligvis være stor variasjon i hvilken betydning det kan ha at opplysningene gjøres tilgjengelig for utenforstående. Generelt vil hensynet gjøre seg særlig gjeldende i de saker som er av stor samfunnsmessig betydning og hvor behovet for innsyn og kontroll derfor er større, eller av hensyn til andre private aktørers rettssikkerhet, spesielt i situasjoner der det er konkurranse om konsesjon, løyve, kontrakt eller lignende. For at pressen skal kunne utøve sin samfunnskritiske funksjon, vil det kunne være av avgjørende betydning å ha tilgang til det offentliges informasjon om ulike selskapers drift og forretningsforhold.

Det kan også være grunn til å se med kritisk blick på forvaltningens påberopelse av slik taushetsplikt. Taushetsplikten etter fvl. § 13 skal ikke brukes av hensyn til forvaltningen selv, for eksempel for å unngå at kritikkverdige forhold rundt saksbehandlingen blir kjent.²⁰

De to hovedhensynene bak bestemmelsen i fvl. § 13 1. ledd nr. 2 er altså for det første å beskytte næringsdrivende mot tap som følge av innsyn i bestemte opplysninger. Der nest er det å sikre tilliten til forvaltningen, og dermed sørge for at opplysningene som mottas er fullstendige og korrekte. Det sentrale motstående hensyn er allmennhetens behov for informasjon og åpenhet rundt forvaltningen og private foretak sin virksomhet. I den videre fremstillingen skal jeg se nærmere på avveiningen mellom disse hensynene, og hvilke konsekvenser dette må få for forståelsen av bestemmelsen om taushetsplikt.

¹⁹ Se forarbeidene til miljøinformasjonsloven, NOU 2001:2 s. 196

²⁰ Eckhoff/Smith 2010, s. 257

2.2.2 Legalitetsprinsippet

Brudd på taushetsplikten etter fvl. § 13 er straffesanksjonert i strl. § 121. Dette tilsier at legalitetsprinsippet vil gjøre seg gjeldende for tolkningen av bestemmelsen i fvl. § 13 første ledd nr. 2. Legalitetsprinsippet for illeggelse av straff fremgår av Grunnloven § 96, hvor det heter at "Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom." Dette gir uttrykk for et krav om at det må foreligge lovhjemmel for å kunne ilegge straff. Legalitetsprinsippet gjør seg også gjeldende generelt på forvaltningsrettens område, som et ulovfestet prinsipp om at inngrep som forvaltningen foretar overfor borgerne må ha hjemmel i lov.²¹

Legalitetsprinsippet tilsier forsiktighet med å benytte utvidende og analogiske tolkninger på bestemmelsen som utgjør hjemmelsgrunnlag for inngrep.²² For et tyngende inngrep som straff, vil betenkelighetene ved en utvidende tolkning være større enn ellers.²³ Det samme synspunktet kan for øvrig gjøres gjeldende ved tyngende inngrep overfor borgeren som ikke er straff. Legalitetsprinsippet tilsier altså i utgangspunktet en restriktiv lovtolkning for bestemmelsene der det gjør seg gjeldende.

Man kan stille spørsmål om dette dermed tilsier en særlig restriktiv tolkning av § 13 første ledd nr. 2.²⁴

Da bestemmelsen i § 13 første ledd nr. 2 er straffesanksjonert, utgjør legalitetsprinsippet et argument for en restriktiv tolkning. Dette antas å være klart nok der det gjelder en straffesak. Imidlertid kan det stilles spørsmål om dette betyr at bestemmelsen må tolkes restriktivt også i sivile saker, hvor straff ikke er aktuelt.

På bakgrunn av oppgavens omfang vil jeg ikke gå i dybden på denne problemstillingen, men nøyer meg med noen generelle betraktninger.

For det første vil legalitetsprinsippet kunne gjøre seg gjeldende på en annen måte enn det som hittil er nevnt om straff. Legalitetsprinsippet tilsier at inngrep overfor borgerne må ha hjemmel i lov. Man kan tenke seg at dersom forvaltningen utgir (private) opplysninger om en

²¹ Graver s. 74

²² Andenæs s. 34

²³ Eckhoff 2001 s. 127

²⁴ Den tilsvarende problemstillingen for mfl. §§ 28 og 29 er tatt opp i Irgens-Jensen s. 88-89

person, så kan dette utgjøre et slikt inngrep overfor vedkommende.²⁵ Tilsvarende inngrep kan tenkes når det gjelder næringsopplysninger. I disse situasjonene kan gode grunner tale for at loven bør tolkes til fordel for borgeren, dvs. ved utvidende tolkning av taushetsplikten etter fvl. § 13 første ledd nr. 2. Dette vil i så fall kunne gi et annet resultat enn etter tolkning i lys av grl. § 96, skissert foran.

Det må videre sees hen til at legalitetsprinsippet er et av flere momenter ved tolkningen. Dette utelukker således ikke at også andre hensyn vil kunne gjøre seg gjeldende. Hos Graver omtales dette som et relativisert hjemmelskrav.²⁶ Der vises det til dommen i Rt. 1995 s. 530, hvor Høyesterett uttalte at ”kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.”

Utgangspunktet etter dette synes da å være at en utvidende tolkning av § 13 første ledd nr. 2, i utgangspunktet vil være betenkelig på bakgrunn av straffelovens § 121. Dette gjør seg imidlertid først og fremst gjeldende der hvor straff er aktuelt. Utenfor strafferettens område kan for eksempel hensynet til den opplysningen gjelder, tilsi en konkret vurdering av hvor inngripende det vil være å gi innsyn. Her kan også en utvidende tolkning tenkes å gi et godt resultat.²⁷

3 Om vilkårene for taushetsplikt etter § 13 første ledd nr. 2

Det følger av § 13 1. ledd nr. 2 at taushetsplikten omfatter:

”tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.”

²⁵ Eckhoff/Smith 2010 s. 380 og Bernt/Rasmussen s. 63

²⁶ Graver s. 81 mv.

²⁷ For mer om denne problemstillingen, se Mads Henry Andenæs ”Tolking av lover med både strafferettslige og sivilrettslige sanksjoner - belyst ved tre av dem”, *Lov og Rett*, 1983 s 163. Her synes Andenæs å åpne for ulike vurderinger ettersom hvilke sanksjoner som er aktuelle. Jeg antar at det samme vil gjelde for fvl. § 13.

I utgangspunktet kan bestemmelsen deles i to hovedvilkår: 1) Opplysningene må gjelde ”tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold”, og 2) disse forholdene må være av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”. Disse vilkårene er imidlertid nært knyttet til hverandre, og det er ikke nødvendigvis hensiktsmessig å behandle dette som to separate vurderinger for alle tilfeller. I praksis må det foretas en samlet vurdering av de aktuelle opplysningenes karakter og potensielle betydning.

Generelt kan det likevel sies at sistnevnte hovedvilkår i størst grad vil være bestemmende for taushetsplikten. Hvis det først er tale om opplysninger som anses å være av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”, er det vanskelig å tenke seg at disse ikke vil gå inn under ett av de tre foregående alternativene. Særlig ”drifts- eller forretningsforhold” vil favne vidt her. Men det kan oppstå avgrensingsproblemer i forhold til opplysninger som angår forhold ved bedriften som ikke går direkte på produksjon eller markedsføring, men som kan ha skadelige konsekvenser for bedriftens omdømme, som interne stridigheter mellom ledelse og tilsatte, brudd på arbeidsmiljø-/forurensingslovgivning, eller uetisk praksis ved markedsføring eller hos leverandører.

Det er likevel tale om to hovedtema for vurderingen, opplysningenes karakter, og virkningen av at de blir kjent for utenforstående. I det videre behandles derfor først vilkåret om opplysningenes art i del 4, deretter behandles vilkåret som gjelder opplysningenes virkning i del 5.

4 Opplysningenes art

4.1 Generelt

Det første vilkåret i § 13 første ledd nr. 2 gjelder hvilken type opplysninger som kan bli underlagt taushetsplikt dersom det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde disse av hensyn til den de gjelder. I følge loven er det ”tekniske innretninger og fremgangsmåter

samt drifts- eller forretningsforhold” som omfattes. Dette medfører at taushetsplikten gjelder næringsrelaterte opplysninger både av teknisk og kommersiell art.²⁸

Bestemmelsens ordlyd avgrenser først og fremst mot opplysninger som ikke er direkte relatert til næringsvirksomhet. Dersom det foreligger sensitive opplysninger om for eksempel eiere eller ansatte i en virksomhet som tilsier taushetsplikt, må dette eventuelt gå under reglene i § 13 første ledd nr. 1 om ”personlige forhold”. Her kan det forøvrig vises til at Justisdepartementets lovavdeling i en tolkningsuttalelse har uttalt at ”opplysning om et straffbart forhold faller utenfor rammen av slike drifts- eller forretningsforhold som bestemmelsen er ment å verne.”²⁹

Frem til lovendringen i 1982 gjaldt bestemmelsen for ”tekniske innretninger, produksjonsmetoder, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet”. Etter endringen er oppregningen erstattet av mer generelle begrep. Disse formuleringene kan på sin side ikke antas å være kun eksempler. Det må gjelde et krav om at opplysningene faktisk kan kategoriseres som enten ”tekniske innretninger og fremgangsmåter” eller ”drifts- eller forretningsforhold”.³⁰

Det må også forutsettes at nåværende formuleringer tar opp i seg lovens tidligere oppregning, slik at virkeområdet ikke er innskrenket.³¹ De opplysninger som ble ansett å omfattes av 1977-bestemmelsen vil derfor også være omfattet av taushetsplikten etter dagens lov.

Etter ordlyden legger bestemmelsen i utgangspunktet få føringer på hva som kreves for at opplysninger knyttet til næringsvirksomhet skal omfattes. Det må antas at langt på vei de fleste opplysninger om næringsforhold faller inn under lovens begrep.³² Hvilken type opplysninger som i det enkelte tilfelle vil gå inn under denne taushetspliktregelen, må i stor grad bero på en vurdering av hva som er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

²⁸ Frihagen 1994 s. 68

²⁹ Lovavdelings uttalelse 18. august 1989, JDLOV-1989-61

³⁰ Woxholth s. 254

³¹ Frihagen 1986 s. 276

³² Woxholth s. 254

Det kan likevel stilles opp enkelte retningslinjer for hva som ligger i begrepene ”tekniske innretninger og fremgangsmåter”, og ”drifts- eller forretningsforhold”. I Justisdepartementets veiledning til offentleglova heter det eksempelvis om vilkåret ”drifts- eller forretningsforhold” at dette ”vil omfatte opplysningar som direkte gjeld utøving av næringsverksemd, slik som informasjon om produksjonsmetodar, produkt, kontraktsvilkår, marknadsføringsstrategiar, analyser, prognosar eller strategiar knytte til verksemda”.³³

I sin kommentar til offentlighetsloven av 1970 § 6 nr. 4, som hadde tilsvarende ordlyd, nevner Frihagen at opplysninger om en bedrifts utvidelsesplaner, detaljerte produksjonsutgifter og kalkulasjonsmetoder for prisanslag ved anbud typisk kan omfattes.³⁴

I forarbeidene fremheves også enkelte typer opplysninger som særlig vil stå sentralt. Det presiseres først at bestemmelsen retter seg mot opphavsinteresser i vid forstand. Opplysninger om innretninger og metoder i form av patenterbare oppfinnelser vil altså klart være omfattet. Det understrekes like fullt at bestemmelsen også gjelder opplysninger som ikke nødvendigvis kvalifiserer til opphavsrettslig beskyttelse.³⁵

4.2 Opplysninger som antas å falle utenfor etter forarbeidene

Forarbeidene omtaler enkelte konkrete forhold som antas å falle utenfor. Noen av disse vil gjennomgå i det følgende. Det bør imidlertid understrekes at det er den konkurransemessige betydningen som til sist vil være avgjørende. Derfor vil også de opplysninger som ikke antas å omfattes etter forarbeidene, i visse tilfeller kunne ha spesiell betydning som taler for taushetsplikt. I så måte vil kanskje forarbeidene her først og fremst ha verdi som veiledende eksempler.

Blant de opplysninger som etter forarbeidene antas å falle utenfor, er opplysninger om bedriftens økonomiske stilling, administrative forhold, avtaler med forretningsforbindelser,

³³ Rettleiar til offentleglova s. 84

³⁴ Frihagen, 1974 s. 274

³⁵ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 142

produksjonsstørrelse og kapasitet, vedtak truffet av det offentlige overfor bedriften, og bedriftens forhold til forvaltningen.³⁶

Opplysninger om bedriftens økonomiske stilling faller som hovedregel utenfor taushetsplikten fordi slike opplysninger ofte også eksisterer andre steder. For eksempel vil tinglysningsdokumenter være offentlige, og regnskap for aksjeselskap og andre regnskapspliktige foretak er også tilgjengelige gjennom offentlige registre. Dermed er vi innenfor unntaksregelen i fvl. § 13a nr. 3, for situasjoner der ”ingen berettiget interesse tilsier at de holdes hemmelig, f.eks. når de er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder”. (§ 13a nr. 3 behandles nærmere under punkt 5.2.1.)

Det samme vil gjerne gjelde opplysninger om interne administrative forhold. Her kan det likevel påpekes at administrative forhold som er på planleggingsstadiet, for eksempel opplysninger om fusjon eller nedskjæringer, er antatt å kunne omfattes av taushetsplikten når dette kan skade selskapet og utnyttes av konkurrenter.³⁷

Avtaler med forretningsforbindelser antas som alminnelig regel heller ikke å være taushetsbelagte opplysninger, men vurderingen vil kunne variere ut fra avtalens innhold. Her vil det særlig kunne være av betydning å skjerme visse typer kontraktsvilkår som kan være av betydning for bedriftens senere forhandlingsposisjon i forhold til potensielle medkontrahenter.³⁸ Det kan dessuten vises til at den nevnte veiledning til offentleglova nevner ”kontraktsvilkår” som eksempel på noe som vil omfattes av lovens ordlyd.

Produksjonsstørrelse og kapasitet vil etter forarbeidene ikke omfattes, på samme måte som forvaltningens vedtak overfor bedriften. For sistnevnte er det imidlertid et poeng at selv om vedtaket i seg selv ikke er taushetsbelagt, så kan begrunnelsen for vedtaket tenkes å røpe taushetsbelagt informasjon. I så fall kan situasjonen bli at begrunnelsen omfattes av taushetsplikten.³⁹ I denne sammenheng nevner også forarbeidene at bedriftens forhold til forvaltningen generelt ikke er underlagt taushetsplikt.

³⁶ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 142, som omhandler alle de unntak som nevnes her under punkt 4.2. Jeg bruker derfor ikke noter for de påfølgende henvisningene til forarbeidene her.

³⁷ Rettleiar til offentleglova s. 86

³⁸ Dette legges til grunn i Lovavdelingens uttalelse 14. oktober 2003, JDLOV-2003-7631, omtalt nærmere i punkt 5.3.3

³⁹ Frihagen 1994 s. 64

Lovens forarbeider nevner også ufordelaktige opplysninger om bedriften som ikke har karakter av å være forretningshemmeligheter. Dette blir behandlet nærmere under punkt 5.3.8.

Det som her er sagt vil likevel kun gi en pekepinn på hvilke forhold som etter omstendighetene kan bli unntatt fra innsyn etter reglene om taushetsplikt. Utgangspunktet må være at loven stiller svært generelle krav til hvilke næringsopplysninger som kan omfattes.

4.3 Kan forskningsresultater omfattes?

Et særspørsmål knyttet til vurderingen av opplysningenes art gjelder forskningsresultater. Det kan neppe være tvilsomt at forskning og utvikling innad i bedriften, eller forskning på annen måte tilknyttet næringsvirksomhet kan omfattes av bestemmelsen. Dette er lagt til grunn i offentliglovas forarbeider.⁴⁰ Imidlertid heter det på samme sted at ” Når det gjelder forskning utenfor næringsvirksomhet, er rettstilstanden uklar.”

Selv om slike forskningsresultater isolert sett kan omfattes av ordlyden i alternativet ”tekniske innretninger og fremgangsmåter”, antas dette likevel å falle utenfor bestemmelsens kjerneområde, som er forretningshemmeligheter. Når det gjelder forskning finansiert av det offentlige ved universiteter og høyskoler kan det også være gode grunner for at dette i størst mulig grad bør være offentlig og på den måten komme fellesskapet til gode.⁴¹

Samtidig vil det også for denne typen opplysninger kunne foreligge legitime behov for hemmelighold, kanskje særlig for prosjekter som ennå ikke er ferdigstilt. Her vil det lettere kunne påvises en ”konkurransemessig betydning”. I en artikkel av Bernt legges dette til grunn, og som eksempel nevnes der:

”en forsker som leverer inn opplysninger om et pågående forskningsprosjekt, eller om opplegget av et planlagt prosjekt, for eksempel i forbindelse med søknad om videre

⁴⁰ NOU 2003:30 s. 187

⁴¹ Se for eksempel lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven) § 1-5 sjette ledd: ”Universiteter og høyskoler skal sørge for åpenhet om resultater fra forskning eller faglig eller kunstnerisk utviklingsarbeid.”

finansiering, om opptak på doktorgradsprogram eller om tilsetting eller stillingsopprykk.”⁴²

Spørsmålet om taushetsplikt for forskningsresultater var oppe i forbindelse med endringen av offentleglova § 26, der et nytt fjerde ledd ble lagt til.⁴³ Fjerde ledd åpner for unntak fra innsyn for ”opplysningar om forskningsidear og forskingsprosjekt i sak som gjeld økonomisk stønad eller rådgeving frå det offentlege i samband med forskingsprosjekt.”

I forarbeidene til endringsloven ble forholdet til fvl. § 13 tatt opp. Om gjeldende rett ble det sagt at § 13 første ledd nr. 2 i visse tilfeller kunne omfatte forskningsresultater, men at bestemmelsen ikke omfattet ”opplysningar om forskningsidear og forskingsprosjekt utanfor det kommersielle området eller der det ikkje er nærliggjande med nokon kommersiell verdi av forskinga på det aktuelle tidspunktet.”⁴⁴

Deretter ble det uttalt at det burde gjelde unntak fra innsynsretten også for denne typen opplysninger, men at det var mest formålstjenlig å ivareta dette behovet gjennom et nytt unntak i offentleglova.⁴⁵ Dette medfører at for forskningsresultater uten kommersiell verdi, kan disse ikke antas å være omfattet av fvl. § 13. Slike opplysninger vil bare kunne unntas innsyn etter offl. § 26 fjerde ledd. Men som påpekt i Bernts artikkel vil behovet for taushetsplikt kunne gjøre seg gjeldende for enkelte opplysninger om forskningsprosjekter og – ideer, på en slik måte at hemmelighold utgjør ”konkurrensemessig betydning” for den det gjelder. Her vil opplysningene kunne ha en kommersiell verdi.

Etter dette synes det mest riktig å si at forskningsresultater utenfor næringsvirksomhet ikke nødvendigvis vil falle utenfor taushetsplikten i § 13. Forutsetningen er da at de øvrige vilkårene om ”konkurrensemessig” betydning” er oppfylt. Vurderingen av dette vilkåret er tema i neste del.

⁴² Jan Fridthjof Bernt: ”Allmennhetens innsyn i det offentliges virksomhet - En oversikt”, *Jussens Venner*, 2009 s. 265-284 (s. 278)

⁴³ Lov 30. januar 2009 nr 07 om endringar i straffeprosessloven mv. (tingretten si handsaming av saker om ikkje vedtekne førelegg mv.), del III

⁴⁴ Ot.prp. nr. 13 (2008-2009) s. 13

⁴⁵ Ibid. s. 14

5 Kravet om at opplysningene må være av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”

5.1 Generelt

Som del 4 foran viser, gir bestemmelsen i § 13 1. ledd nr. 2 forholdsvis vage og vidtrekkende rammer for hvilke opplysninger som kan omfattes av taushetsplikten. Den delen av vurderingen som gjelder opplysningenes art får dermed begrenset selvstendig betydning. Det er kriteriet ”konkurransemessig betydning” som retter oppmerksomheten mot de sentrale hensyn bak bestemmelsen. Dette gjelder primært hensynet til den private part, og beskyttelsen av dennes næringsinteresser.

Det sentrale vilkåret for taushetsplikt om næringsopplysninger etter § 13 blir derfor at det må være av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde [disse] av hensyn til den som opplysningen angår”. Som utgangspunkt kan dette anses som et krav om at opplysningene må gjelde en form for forretningshemmeligheter som andre vil kunne benytte seg av i en konkurransesituasjon, om de ble kjent. Dette viser seg ved at bestemmelsen før endringen i 1982 gjaldt, foruten eksemplene som var gitt, også ”forretningshemmeligheter ellers”. At dette begrepet nå er omskrevet antas ikke å ha medført realitetsendringer for bestemmelsens virkeområde.⁴⁶ Imidlertid er det avgjørende spørsmålet hva som er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. I denne vurderingen vil også andre forhold kunne være bestemmende for taushetsplikten, utover hvorvidt opplysningene gjelder en tradisjonell forretningshemmelighet.

Hva som skal til for at opplysningene er av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde” vil bero på en overordnet helhetsvurdering hvor flere forhold må tas i betraktning. I det videre vil jeg dele dette opp i to separate vurderingstema. Utgangspunktet for dette er forarbeidenes uttalelse hvor det heter:

”I kravet om at det må dreie seg om en hemmelighet, ligger for det første at opplysningene ikke må være alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder.

⁴⁶ Woxholth s. 254

(Dette følger også av § 13 a nr. 3.) Videre må opplysningen være av en viss betydning, og den må være av en slik art at det er naturlig å rekne med at en i vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet.”⁴⁷

Dette antas fortsatt å utgjøre hovedpunktene for vurderingen av hva som er av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”, til tross for at uttalelsen forholder seg til ordlyden før lovendringen. Dette er lagt til grunn i juridisk teori hos Frihagen og Woxholth,⁴⁸ samt i flere av sivilombudsmanns uttalelser. Et eksempel er uttalelsen fra årsmeldingen 1997 s. 31 (som jeg kommer nærmere tilbake til). Her heter det:

”Ved den konkrete vurderingen av om det foreligger forretningsopplysninger som det er av konkurransemessige betydning å hemmeligholde av hensyn til [bedriften], må det kreves at opplysningene ikke er alminnelig kjent eller tilgjengelig andre steder, at opplysningene er av en viss betydning for [bedriften], og at det er naturlig å anse opplysningene som forretningshemmeligheter i virksomheten eller bransjen, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976-77) 22.”

Dermed tar jeg sikte på å legge opp den videre fremstillingen etter disse hovedpunktene. Her skal først vilkåret om *hemmelige* opplysninger behandles, det vil si kravet om at opplysningene ikke må være alminnelig kjent eller tilgjengelige (punkt 5.2). Deretter behandles vilkåret om at det må være av *konkurransemessig betydning* (en viss betydning, og naturlig å anse som en hemmelighet) for bedriften at disse fortsatt holdes hemmelig (punkt 5.3).

For vurderingen av vilkårene kan det være nyttig å se hen til hvilke krav som stilles til en ”bedriftshemmelighet” på konkurranserettens område. Særlig aktuelt er dette for vurderingen av hvorvidt opplysningene er ukjente eller utilgjengelige. Selv om det ikke er noen automatikk i at vurderingstemaet er sammenfallende med det som gjelder etter fvl. § 13 første ledd nr. 2, er det nærliggende at noen av de samme momentene kan legges til grunn.

Spesielt kan det være nyttig å foreta en slik sammenligning for visse hovedvilkår, eller minstekrav, for hva som kan utgjøre en bedriftshemmelighet. Likevel kan dette bare legges til

⁴⁷ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22

⁴⁸ Frihagen 1986 s. 275, Woxholth s. 254-255

grunn så langt det passer med hensynene bak forvaltningsloven og de formål den skal ivareta. I det videre vil det derfor trekkes inn argumenter og praksis knyttet til øvrig lovgivning der dette passer.

De sentrale bestemmelsene om bedriftshemmeligheter er markedsføringsloven⁴⁹ § 28 og straffeloven⁵⁰ § 294 nr. 2 og 3. Her brukes henholdsvis begrepene ”bedriftshemmelighet” (mfl. § 28), ”Forretnings- eller Driftshemmelighet” (strl. § 294 nr. 2) og ”forretnings- eller bedriftshemmelighet” (strl. § 294 nr. 3). Det er antatt at disse begrepene dekker de samme forhold, og dermed skal forstås likt.⁵¹

Forarbeidene til markedsføringsloven gir visse anvisninger for hva som skal forstås med ”bedriftshemmelighet”. Her stilles det krav om at informasjonen er *spesifikk for bedriften*, i den forstand at den ikke er kjent eller lett tilgjengelig for andre, og at denne informasjonen er *av en viss betydning*.⁵² Sett hen til innholdet i vilkåret om ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”, synes altså utgangspunktet for vurderingen å følge de samme hovedlinjene for begge regelsett.

5.2 Kravet om hemmelige opplysninger

5.2.1 Om forholdet til § 13a nr. 3

Spørsmålet i det følgende er hvorvidt det gjelder et krav etter fvl. § 13 første ledd nr. 2 om at opplysningene her må være hemmelige i utgangspunktet, og hvordan dette skal forstås.

Det fremgår av bestemmelsen at det må være av konkurransemessig betydning å ”hemmeligholde” opplysningene av hensyn til den næringsdrivende. Ut fra ordlyden er det naturlig å tolke dette som et krav om at opplysningene da må være hemmelige i utgangspunktet. Det gir lite mening å hemmeligholde opplysninger som allerede er kjent eller

⁴⁹ Lov 09. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

⁵⁰ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

⁵¹ Irgens-Jensen s. 75-76

⁵² Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 side 48

offentliggjort. Som nevnt fastsetter også forarbeidene at ”opplysningene ikke må være alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder”.⁵³

Sistnevnte uttalelse fra forarbeidene utgjør imidlertid ikke nødvendigvis noen avgjørende begrensning i forhold til vilkåret ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”. Det er vanskelig å se for seg hvilken konkurransemessig betydning det skulle ha for en bedrift at opplysninger som er kjent for allmennheten blir offentliggjort eller gitt innsyn i. Altså vil avgrensningen mot alminnelig kjente og tilgjengelige opplysninger i stor grad kunne sies å følge av ordlyden i bestemmelsen.

Når det gjelder den nevnte avgrensningen i forarbeidene vises det i samme avsnitt til at ”(Dette følger også av § 13 a nr. 3.)”⁵⁴. Slik sett fremstår uttalelsen kanskje i større grad som en henvisning til denne unntaksregelen, enn som et selvstendig moment i vurderingen etter § 13 1. ledd nr. 2.

Spørsmålet som reiser seg er da hvilken betydning unntaksregelen i § 13a nr. 3 har i forhold til kravet om betydningen av å ”hemmeligholde” opplysninger.

Bestemmelsen i § 13a nr. 3 *åpner for unntak* fra taushetsplikten etter § 13, ved at opplysninger som i utgangspunktet er taushetsbelagte likevel kan offentliggjøres når ”ingen berettiget interesse tilsier at de holdes hemmelig”. Som eksempler nevner bestemmelsen opplysninger som er ”alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder”. Dette utelukker altså ikke taushetsplikt, men åpner for at forvaltningen kan vurdere *meroffentlighet*.

Dersom vilkårene i § 13 a nr. 3 er oppfylt, dvs. at det ”ingen berettiget interesse foreligger” som tilsier taushetsplikt, vil situasjonen være at forvaltningen selv må vurdere hvorvidt det skal gis innsyn eller ikke. Først og fremst vil vurderingen omkring ”ingen berettiget interesse” bero på en avveining av hvilke hensyn som tilsier fortsatt hemmelighold, mot hensynene som taler for å offentliggjøre opplysningene. Behovet for å gi ut opplysningene må veies mot skadevirkningene av offentliggjøring.⁵⁵ Eksempelvis kan det undertiden være viktig å forhindre videre spredning eller verifikasjon ved ikke å gi innsyn i opplysninger som allerede

⁵³ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Bernt, Norsk Lovkommentar, note 287

er tilgjengelig gjennom pressen eller andre kilder. Likevel kan det påpekes at disse hensynene generelt gjør seg sterkest gjeldende for saker som gjelder personlige forhold etter fv1. § 13 første ledd nr. 1, og ikke i like stor grad for næringsopplysninger.⁵⁶

Ser man denne unntaksregelen opp mot vilkåret i § 13 1. ledd nr. 2 er det forhold som taler for at unntaksregelen vil ha begrenset betydning. Dette følger først og fremst av at når vurderingen i § 13a gjør unntak for opplysninger som er ”alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig”, vil vilkåret ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde” uansett tilsi at slike opplysninger ikke omfattes av taushetsplikten.

Når dette kommer i tillegg til uttalelser i teorien som tilsier at unntaksregelen gjør seg sterkest gjeldende for taushetsplikt rundt personlige forhold, synes det mest hensiktsmessig å forankre et krav om hemmelige opplysninger i vilkåret ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”. I det videre tillegges derfor ikke unntaksregelen i § 13a nr. 3 selvstendig betydning i denne sammenheng. Dette utelukker ikke at bestemmelsen kan komme til anvendelse for enkelte forhold, men en nærmere drøftelse av dette holdes utenfor i denne fremstillingen.

5.2.2 Hva må til for at opplysningene er tilstrekkelig hemmelige?

5.2.2.1 Om vurderingen

Utgangspunktet er at opplysninger som er alminnelig kjent eller tilgjengelig ikke vil være av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”. Spørsmålet blir da hva som nærmere kreves for at opplysningene er tilstrekkelig ukjent og utilgjengelig, slik at de omfattes av taushetsplikten.

Det kan være hensiktsmessig å se hen til den tilsvarende vurderingen av ”bedriftshemmeligheter” etter markedsføringsloven § 28. I forarbeidene til bestemmelsen

⁵⁶ Frihagen 1986 s. 288

er kravet formulert som at det kreves ”viten som er spesifikk for vedkommende bedrift”, i motsetning til alminnelige kunnskaper og erfaringer.⁵⁷

Når forarbeidene til forvaltningsloven avgrenser mot alminnelig kjente og tilgjengelige opplysninger, kan dette forstås som et tilsvarende krav om informasjon som er spesifikk for bedriften. Allmennkunnskap eller annen informasjon som er kjent i bransjen vil som klart utgangspunkt ikke utgjøre konkurransesensitiv informasjon. Dette følger av forarbeidene til fvl. § 13, hvor det heter at: ”Opplysninger som allerede er kjent innen vedkommende bransje, er det lite behov for å holde skjult for almenheten.”⁵⁸

I tillegg må det avgrenses mot opplysninger som er alminnelig tilgjengelig, som nevnt i del 4 om bl.a. opplysninger som er tilgjengelig gjennom offentlige register og lignende.

I det videre skal jeg derfor først behandle kravet om at opplysningene må være tilstrekkelig ukjente, før jeg deretter går inn på kravet om at opplysningene må være tilstrekkelig utilgjengelige.

5.2.2.2 Ukjente opplysninger

Når det gjelder opplysninger som er kjent, vil dette nødvendigvis først og fremst ha betydning når disse er kjent i omverdenen, slik at opplysninger som er ”kjent” innad i bedriften likevel kan underlegges taushetsplikt. Konkurranselovkomiteen peker på at det kan foreligge en hemmelighet også der flere enn innehaveren eller lederen kjenner den.⁵⁹ Dette gir et fornuftig resultat også i forhold til spørsmålet om taushetsplikt etter forvaltningsloven, da det avgjørende er at *konkurrenter* ikke har tilgang på informasjonen.

Utgangspunktet må derfor være at tilstrekkelig hemmelighold foreligger selv om opplysningene er spredd innad i bedriften. Her kan det likevel tenkes tvilstilfeller, spesielt for større bedrifter. Dersom sensitiv informasjon er kjent blant en ubestemt krets av ansatte som ikke har behov for denne, og de ansatte ikke er pålagt taushetsplikt, vil dette kunne tilsi at opplysningene nærmest er alminnelig kjent. I alle fall vil det være grunnlag for å hevde at

⁵⁷ Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 side 48

⁵⁸ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 141

⁵⁹ Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 side 48

opplysningene har mistet sitt preg av å være hemmelige, eller i det minste å stille spørsmål om hvor beskyttelsesverdige opplysningene er.

Spørsmålet videre knytter seg til hva som gjelder for opplysninger som er kjent i større eller mindre grad utenfor bedriften, uten å ha fått bred og allmenn utbredelse. Her må det for det første kunne gjøres unntak for informasjon som er gitt ut mot lisens under konfidensialitetsavtale.⁶⁰ Opplysningene vil da ikke kunne anses å være alminnelig kjent, selv om de blir brukt utenfor bedriften. Dersom en bedrift mottar vederlag eller har kontroll på bruken av informasjonen vil det nødvendigvis være av ”konkurransemessig betydning” dersom denne informasjonen frigjøres uten begrensninger. Annerledes vil det stille seg for informasjon som er kjent på andre måter, om enn i begrenset grad.

Et eksempel finnes i herredsrettsdommen gjengitt i Norsk arbeidsrettslig domssamling (NAD) 1986 s. 189. Saken gjaldt en bedrift, Geco AS, som saksøkte konkurrenten Seismic Profilers for å ha utnyttet deres bedriftshemmelighet i strid med daværende mfl. § 7. Dette skulle ha skjedd da en tidligere ansatt i Geco gikk til Seismic Profilers og delte sensitiv kunnskap med sin nye arbeidsgiver. Spørsmålet var hvorvidt denne kunnskapen kunne regnes som en ”bedriftshemmelighet”.

Herredsretten kom til at dette ikke kunne anses som en hemmelighet, fordi det var snakk om en metode som ikke var eksklusiv kunnskap for Geco. I dommen ble det uttalt at:

”Med den patentovervåking som åpenbart skjer innen denne bransjen, må denne metoden forutsettes alment kjent av bransjefolk fra midten av 1970-årene.”

Her var altså metoden ”alment kjent” innen bransjen, og informasjonen var dermed ikke i tilstrekkelig grad hemmelig. Det må antas at opplysningene i denne saken gjaldt fagkunnskap innenfor et relativt snevert område. Men det syntes ikke å være et vurderingstema hvorvidt dette var allment kjent i betydningen allmennkunnskap. Derimot synes det å være avgjørende hvilken kunnskap Gecos konkurrenter i bransjen var i besittelse av. I henhold til fvl. § 13 ville et tilsvarende forhold tilsi at taushetsvern ikke ville være av tilstrekkelig ”konkurransemessig betydning” for bedriften.

⁶⁰ Irgens-Jensen s. 180

Videre skal det vises til en lagmannsrettsdom og en uttalelse som begge gjaldt kommersielle opplysninger, og hvor spørsmålet var om de aktuelle opplysningene var tilstrekkelig ukjent.

Lagmannsrettsdommen⁶¹ gjaldt tvisten mellom en importør av industrimaskiner, Sørums Maskin, og en tidligere salgssjef hos denne importøren som startet et konkurrerende firma. Spørsmålet var her om hans kjennskap til kundelistene fra den tidligere arbeidsgiveren var å anse som en bedriftshemmelighet etter daværende mfl. § 7. Denne påstanden førte ikke frem, fordi opplysningene i kundelisten ikke var tilstrekkelig ukjente. Lagmannsretten uttalte om dette:

”Markedet for denne type store dreiemaskiner er lite i Norge, og var ingen eksklusiv viten hos Sørums Maskin AS. Kjennskap til potensielle kunder og tidligere kunder anses således i dette tilfellet ikke som en bedriftshemmelighet.”

Dette tilsier at kundelister i seg selv *kan* utgjøre en bedriftshemmelighet, men dersom kundekretsen er liten og dermed oversiktlig skal det mer til for at dette anses som ukjente opplysninger i forhold til bransjen for øvrig.

Samme vurderingstema kom opp i en uttalelse fra Næringslivets Konkurransutvalg i 1999.⁶² Dette gjaldt kommersielle opplysninger, i form av kjennskap til innkjøpspriser og kalkylegrunnlag hos en bedrift, hvor en tidligere ansatt senere hadde benyttet seg av informasjonen i konkurrerende virksomhet. Utvalgets flertall kom til at opplysningene ikke var å regne som en bedriftshemmelighet, og uttalte at:

”De kunnskaper om priser og betingelser som [den tidligere ansatte] hadde fra sitt tidligere arbeidsforhold, må antas å ha vært kjent for flere i bransjen, og kan etter omstendighetene ikke anses som bedriftshemmeligheter av sensitiv art som er beskyttet ifølge markedsføringslovens § 7.”

Også her gis det uttrykk for at opplysninger om kommersielle forhold ikke kan regnes som en hemmelighet der hvor disse ikke er tilstrekkelig eksklusive for bedriften. Terskelen for hva

⁶¹ LB-1999-298

⁶² NKU-1999-12

som var ”kjent” syntes for øvrig ikke å være spesielt høy; det var tilstrekkelig at ”flere i bransjen” kjente til opplysningenes innhold.

Den nevnte praksis rundt daværende mfl. § 7 gir ikke klare anvisninger på grensen for hva som er å anse som tilstrekkelig ukjente opplysninger. Men for teknisk informasjon, altså ”tekniske innretninger og fremgangsmåter” i fvl. § 13, vil en viktig avgrensning måtte gjøres mot generell fagkunnskap, enten det er innenfor et bestemt fagområde eller en bestemt bransje. Dette ble lagt til grunn i dommen i NAD 1986 s. 189. For kommersielle opplysninger vil kravet om eksklusivitet knytte seg til hvorvidt øvrige aktører i bransjen må antas å ha samme opplysninger, for eksempel grunnet en begrenset potensiell kundekrets som var tilfelle i nevnte lagmannsrettsdom.

I sin fremstilling om bedriftshemmeligheter formulerer Irgens-Jensen dette kravet om ukjente opplysninger som at *”så lenge informasjonen er ukjent for noen viktige konkurrenter, er den tilstrekkelig ukjent til å være en bedriftshemmelighet”*.⁶³ For vurderingen av opplysninger etter fvl. § 13 vil det i slike tilfeller også gjerne være av ”konkurransemessig betydning” at opplysningene hemmeligholdes.

Er det likevel slik at opplysningene er ukjent for enkelte konkurrenter, men kjent for andre, vil behovet for taushetsplikt kunne være mindre beskyttelsesverdig. For disse tilfellene vil spørsmålet om taushetsplikt i større grad måtte bero på hvilke øvrige hensyn som gjør seg gjeldende, deriblant i hvilken grad negative konsekvenser kan oppstå for bedriften.

5.2.2.3 Utilgjengelige opplysninger

Videre er spørsmålet hva som ligger i kravet om at opplysningene må være tilstrekkelig utilgjengelige. Denne vurderingen vil til en viss grad være sammenfallende med vurderingen av om opplysningene er kjent. Men som jeg straks kommer tilbake til vil vurderingen også være av selvstendig betydning i enkelte tilfeller.

Av forarbeidene følger det som sagt at taushetsplikten må avgrenses mot informasjon som er offentlig tilgjengelig i registre og databaser. Som eksempler på dette nevnes offentlige

⁶³ Irgens-Jensen s. 182

regnskap, opplysninger om tvangsforretninger, tinglyste dokumenter og kredittopplysninger.⁶⁴ Dette knytter seg til tilgjengelighet i form av opplysninger som er tilgjengelig for publikum generelt. Imidlertid er det på det rene at bestemmelsen må forstås slik at den også avgrenser mot hva som må regnes som tilgjengelig ellers i bransjen.⁶⁵

I forarbeidene til miljøinformasjonsloven⁶⁶, hvor også fvl. § 13 behandles, fremheves særlig produktsammensetninger som et område hvor det er nærliggende å stille krav om at opplysningene ikke må være tilgjengelige ellers. Her uttales det at: ”Når det gjelder produktsammensetninger, mener utvalget at det [kravet] må bety at opplysninger om et produkt som man enkelt kan komme fram til gjennom en analyse av produktet, kan sies å være allment tilgjengelig.”⁶⁷

For denne typen opplysninger vil det altså være av betydning hvor stor innsats som kreves av en konkurrent for selv å finne fram til sammensetningen av et bestemt produkt. Et eksempel kan være de tilfeller hvor teknologien bak, eller sammensetningen av, en teknisk innretning vil kunne avdekkes simpelthen ved å skru produktet fra hverandre og undersøke de enkelte bestanddeler. I så fall vil opplysningene i praksis være tilgjengelig for alle med en viss grunnkunnskap, slik at det neppe vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde disse.

Fra rettspraksis er grensedragningen tema i Notflottør-dommen i Rt. 1964 s. 238. Saken gjaldt blant annet spørsmålet om hvorvidt produksjonsmetoden og produktsammensetningen for en type notflottører utgjorde en bedriftshemmelighet etter strl. § 294 nr. 2. Her ble det uttalt at:

”Under enhver omstendighet må man kunne gå ut fra at den produsent som har funnet frem til en lønnsom produksjonsprosess, dermed har skaffet seg et økonomisk fortrinn som andre ikke vil kunne ta igjen uten **tidkrevende og trolig kostbare forsøk** hvis resultat når det gjelder muligheten for å få etablert en konkurransedyktig produksjon, kan stille seg uvisst. Dette er momenter som sterkt trekker i retning av at

⁶⁴ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 142

⁶⁵ Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 163

⁶⁶ Lov 9. mai 2003 nr. 31 om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven)

⁶⁷ Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 163

[produksjonsprosessen] måtte betegnes som en bedriftshemmelighet (...)” (min utheving)

I dommen ble det lagt vekt på at det gjaldt en metode som ville ta tidkrevende og kostbare forsøk for konkurrentene å komme fram til. Dette medførte tilsynelatende at opplysningene var tilstrekkelig utilgjengelige til at det var naturlig å anse disse som en bedriftshemmelighet. Uttalelsene kan anses som veiledende også for vurderingen etter fvl. § 13 første ledd nr. 2. Dersom det gjelder informasjon som vil spare konkurrenter for krevende arbeid vil det være mer nærliggende å si at hemmelighold er av konkurransemessig betydning.

Hos Irgens-Jensen stilles det opp et minimumskrav for hva som kan anses som tiltrekkelig utilgjengelig når det gjelder tekniske opplysninger (produksjonsammensetninger, produksjonsmetoder). Dette er tilsynelatende utformet på grunnlag av nevnte uttalelse i dommen og krever at informasjonen *”må ha vært såpass vanskelig tilgjengelig at det ville krevd ikke ubetydelig ressurs- eller tidsbruk for en gjennomsnittsfagmann å finne frem til den”*.⁶⁸

Dette synes å gå i samme retning som uttalelsen i miljøinformasjonslovens forarbeider, hvor utgangspunktet var å avgrense mot opplysninger om et produkt som konkurrenter ”enkelt kan komme fram til gjennom en analyse av produktet”.⁶⁹ Dette taler for at tilsvarende minimumskrav kan legges til grunn for vurderingen etter fvl. § 13.

Det kan stilles spørsmål om det gjelder en annen terskel for vurderingen av kommersielle opplysninger, av typen priskalkyler kundelister, markedsføringsstrategier og lignende. Her gjelder det som regel ikke opplysninger som kan ”hentes ut” med tilstrekkelig iherdig innsats fra konkurrentene.

I uttalelsen fra Sivilombudsmannens årsmelding 1997 s. 31 gjaldt spørsmålet innsyn i en kommunes rammeavtale med en bank. Sivilombudsmannen kom til at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for at avtalen var omfattet av taushetsplikten etter § 13 1. ledd nr. 2. I vurderingen ble det blant lagt vekt på at:

⁶⁸ Irgens-Jensen s. 196

⁶⁹ Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 163

”Bankavtalen, som er en rammeavtale, inneholder for øvrig en rekke mer generelle og lite sensitive opplysninger som vanskelig kan anses som forretningshemmeligheter som er underlagt taushetsplikt. Henvisning til **offentlig tilgjengelig renteberegningsenhet og bankens gjeldende prisliste kan f.eks. ikke anses som taushetsbelagte opplysninger.**” (min utheving)

Det synes i stor grad å være utgangspunktet fra forarbeidene om opplysninger som allerede er offentlig tilgjengelige som legges til grunn.

I sistnevnte uttalelse fra Sivilombudsmannen synes det forøvrig også som at tidsmomentet spiller inn for vurderingen av hva som er tilgjengelig eller kjent for konkurrentene:

”I tillegg til dette må det også tas hensyn til at betydningen av innholdet i slike avtaler vil endres over tid. Endrede markedsvilkår og konkurransesituasjon, samt den teknologiske utvikling, vil klarligvis medføre at **et avtalekonsept og de konkrete vilkår og priser som er avtalt, etter en tid vil være av langt mindre sensitiv karakter.** Etter omstendighetene vil dette kunne medføre at en avtale som ble ansett som en nyutvikling eller en markedsleder, **etter en tid vil være helt eller delvis foreldet, eller iallfall i det vesentlige kjent for konkurrentene.**” (mine uthevinger)

Denne uttalelsen gjaldt spesielt for avtaler og innholdet av disse. Men betraktningen vil kunne overføres til andre typer informasjon hvor det er av betydning å være tidlig ute. Dersom en bedrift for eksempel utvikler et nytt produkt, er det nærliggende at konkurrentene etter en viss tid utvikler tilsvarende produkt på bakgrunn av egen forskning og utvikling. Informasjon som tidligere var forbeholdt én eller få bedrifter vil derfor med tiden kunne bli ansett å være tilgjengelig eller kjent ellers i bransjen.

5.2.3 Kan det kreves at bedriften har markert et krav om hemmelighold utad?

I forarbeidene gjøres det gjeldende et krav om at ”opplysningen [må] være av en viss betydning, og den må være av en slik art at det er **naturlig å rekne med at en i**

vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet.”⁷⁰ Spørsmålet er hvorvidt den uthevede delen av uttalelsen gir grunnlag for å stille krav til bedriftens markering av hemmelighold.

I konkurranselovkomiteens innstilling heter det at: ”Det må enten kreves at [bedriften] har markert kravet på hemmelighold eller at dette ligger klart i selve situasjonen”.⁷¹ Sistnevnte forhold, om at hemmelighold ligger klart i selve situasjonen, synes i stor grad å gi uttrykk for tilsvarende vurdering som følger av forvaltningslovens forarbeider.

For enkelte opplysninger kan det være relativt uproblematisk å regne med at virksomheten anser disse som hemmelige. For eksempel er det ikke tvilsomt at Coca-Cola anser oppskriften på sin leskedrikk som en hemmelighet.

Utover disse klare tilfellene er spørsmålet om det etter fvl. § 13 kan kreves at bedriften har iverksatt tiltak for å beskytte eller markere sin hemmelighet, slik tilfellet er for ”bedriftshemmeligheter” i konkurranselovkomiteens innstilling.

Sett ut fra vilkåret ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde” synes det neppe å være grunnlag for å kreve at det er iverksatt tiltak for å beskytte bedriftens opplysninger. Dersom det kan legges til grunn at opplysningene er tilstrekkelig ukjent og utilgjengelig, vil utgangspunktet være at det kan være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde disse. I tillegg gjelder konkurranselovkomiteens uttalelse en bestemmelse som gjelder misbruk av bedriftshemmeligheter. Ved vurderingen av om det foreligger rettstridig utnyttelse av slike opplysninger, antas bedriftens tiltak å være av større betydning enn ved vurderingen etter fvl. § 13.⁷²

Det anses derfor ikke å være grunnlag for å stille opp et tilsvarende krav etter forvaltningslovens bestemmelse.⁷³

⁷⁰ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22

⁷¹ Innstilling fra konkurranselovkomiteen s. 48

⁷² Om vurderingen etter mfl., se Irgens-Jensen s. 240 mv.

⁷³ Se også Tarjei Istad, ”Misbruk av bedriftshemmeligheter”, *Tidsskrift for Strafferett* 2008 s. 184. I artikkelens fotnote 13 heter det: ”Etter taushetspliktregelen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 er vurderingstemaet kun om opplysningene er alminnelig kjent eller tilgjengelige andre steder, ikke om eieren har markert hemmelighold. Denne bestemmelsen skal imidlertid i sterkere grad enn straffeloven § 294 første ledd nr. 2 og 3 bare ivareta hensynet til eieren av opplysningene.”

Likevel utelukker ikke dette at slike tiltak etter omstendighetene kan være et argument for at opplysningene faktisk er av ”konkurransemessig betydning” å hemmeligholde for bedriften. Denne vurderingen vil imidlertid inngå i det som er tema for det påfølgende (se punkt 5.3.6).

5.3 Hva kreves for at det er av ”konkurransemessig betydning” å hemmeligholde opplysningene?

5.3.1 Generelt

Kravet om at opplysningene skal ha konkurransemessig betydning er som nevnt det sentrale vilkåret knyttet til bestemmelsen i § 13.

Opplysninger som er av ”konkurransemessig betydning” omfatter etter ordlyden de forhold som er bestemmende for en bedrifts stilling på markedet i konkurranse med andre virksomheter. Vilkaåret knytter seg til opplysningenes virkning, i motsetning til vilkårene drøftet foran som gjelder opplysningenes art. Det må i den sammenheng anses som en forutsetning at spredning eller offentliggjøring av opplysningene vil kunne påføre bedriften et økonomisk tap, enten direkte eller som følge av reduserte inntekter.⁷⁴

Det ligger videre i vilkaåret at opplysningene må være av en viss betydning⁷⁵. Mindre sensitive opplysninger må derfor falle utenfor.⁷⁶ Dette tilsier at betydningen må være kvalifisert, slik at ikke enhver påvirkning av bedriftens stilling betinger taushetsplikt. I tillegg fremgår det av forarbeidene at opplysningen ”må være av en slik art at det er naturlig å rekne med at en i vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet”.⁷⁷

Sistnevnte uttalelse fra forarbeidene er det mest naturlig å forstå som at opplysningene må *bære preg av* å være en forretningshemmelighet. Dette henger sammen med at opplysninger

⁷⁴ Se Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 141, hvor det nevnes som et sentralt hensyn bak taushetspliktsreglene at ”spredning kan føre til økonomiske tap for bedriften”

⁷⁵ Dette fremgår også av Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22, og legges tilsvarende til grunn hos Woxholth på s. 255

⁷⁶ Rettleiar til offentleglova s. 85

⁷⁷ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22

som konkurrerende bedrifter kan anvende på tilsvarende måte i sin virksomhet, antas å utgjøre kjernen i taushetspliktsbestemmelsen.⁷⁸ Eksempler på dette kan være spesielle produksjonsmetoder, planlagte produktlanseringer eller bestemte markedsføringsstrategier. Opplysninger om slike forhold vil i mange tilfeller være verdifulle for konkurrerende bedrifter i samme bransje. Dette tilsvarer det som gjerne omtales som tradisjonelle forretningshemmeligheter.

Opplysninger av denne typen vil typisk kunne inneholde informasjon som muliggjør eller forbedrer konkurrentens produksjon eller virksomhet. Men ordlyden i § 13 åpner også for at opplysninger som er av betydning på andre måter kan omfattes. For eksempel vil priser, utviklingskostnader og lignende kunne ha konkurransemessig betydning ved at opplysninger om slike forhold forteller om bedriftens styrke og svakhet og gjør det lettere å forutse dens neste trekk på markedet.⁷⁹

I det videre vil jeg gå nærmere inn på rekkevidden av taushetsplikten i forhold til opplysningenes konkurransemessige betydning. For vurderingen vil forretningshemmeligheter av typen nevnt foran danne et utgangspunkt, men jeg vil vise at bestemmelsen uansett forutsetter en helhetlig vurdering hvor flere ulike hensyn spiller inn.

5.3.2 Om forarbeidene og bestemmelsens kjerneområde

1977-loven gjaldt taushetsplikt for nærmere konkretiserte næringsopplysninger ”og forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet.”

Forarbeidene fremhever koblingen til tradisjonelle forretningshemmeligheter der det heter at man har ”funnet å burde presisere at taushetsplikten bare skal gjelde i tilfelle den konkurransemessige betydning ligger i adgangen til å utnytte opplysningen i forbindelse med

⁷⁸ Rettleiar til offentleglova s. 85

⁷⁹ Eksempelene er hentet fra Irgens-Jensen s. 234, hvor konkurranselovkomiteens krav om at bedriftshemmeligheter må ha ”betydning for virksomheten” behandles. Jeg legger til grunn at vurderingen til en viss grad vil være tilsvarende etter fvl. § 13.

egen drift”.⁸⁰ I tillegg fremgår det at: ”I at kriteriet «utnytte» er knyttet direkte til de hemmeligheter opplysningene gjelder, ligger det videre at opplysningene må kunne brukes på tilsvarende måte av andre”.⁸¹

Av forarbeidene fremgår det altså at vilkåret ”utnytte” knyttes til bruk av opplysningene på *tilsvarende måte* hos andre. Sammenliknet med dagens bestemmelse er imidlertid den viktigste forskjellen at loven ikke lenger benytter begrepet ”utnytte”. Spørsmålet er da om bestemmelsen fortsatt gir grunnlag for å stille samme krav til andres utnyttelse av opplysningene.

Det er ikke tvilsomt at opplysninger som kan utnyttes på tilsvarende måte av andre, vil kunne være av betydelig ”konkurransemessig betydning” for en bedrift å hemmeligholde, slik at disse kan omfattes av taushetsplikten. Eksempelvis kan dette gjelde opplysninger om produksjonsmetoder eller om nye produkter. Dersom slike opplysninger havner i konkurrentenes hender vil vedkommende kunne utnytte disse, ved selv å lansere tilsvarende produkter, noe de kanskje ellers ikke ville kunne oppnådd uten betydelig merarbeid. Spørsmålet her er imidlertid om det er et *krav for taushetsplikt* at opplysningene er av en slik art.

Dette må generelt besvares negativt. For det første støtter ikke bestemmelsens nåværende ordlyd en slik tolkning. Dernest er det også lagt til grunn i juridisk teori at rettstilstanden er endret etter 1982. I sin kommentarutgave til forvaltningsloven legger for eksempel Woxholth vekt på at ”dersom konkurransemessige hensyn først tilsier hemmelighold, er det tilstrekkelig at andre mer generelt kan ha nytte av opplysningene”⁸². Langt på vei det samme gjøres gjeldende hos Frihagen, som fremholder ”At det er av konkurransemessig betydning bedriftene imellom til skade for den opplysningene angår, er i utgangspunktet tilstrekkelig”.⁸³

Dermed blir utgangspunktet at det ikke lenger er grunnlag for å kreve at konkurrenter kan utnytte opplysningene på tilsvarende måte i egen virksomhet. Det er derimot tilstrekkelig at opplysningene er av generell konkurransemessig betydning, ved at opplysningene kan være til

⁸⁰ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 142

⁸¹ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22

⁸² Woxholth s. 255

⁸³ Frihagen 1994 s. 67

skade for den næringsdrivende i form av økonomisk tap. Ordlyden som sådan knytter ikke vilkår til *hvordan* tapet eller skadevirkningen kan oppstå.

Utgangspunktet er at virkeområdet for taushetsplikten anses å være utvidet i forhold til den tidligere bestemmelsen.⁸⁴ Det fremgår av forarbeidene fra lovendringen i 1982 at dette var tilsiktet, og hovedgrunnen var ”svært mange signaler i retning av at taushetsplikten etter § 13 første ledd nr 2 i mange tilfelle er for snever.”⁸⁵ Dette betyr nødvendigvis at forarbeidene i Ot.prp. nr. 3 (1976-77) må leses i lys av den etterfølgende lovendringen.

Rammene som forarbeidene fra 1977 setter for taushetsplikten kan altså ikke anses som fullt ut gjeldende per i dag. Men det er likevel grunn til fortsatt å se disse som en rettesnor for hva som ligger i kjerneområdet av bestemmelsen. Dette legges til grunn i Justisdepartementets veiledning til offentleglova. Her slås det fast at:

”Kjerneområdet for teieplikta er næringsopplysningar som andre kan nytte på tilsvarande måte i eiga næringsverksemd, dvs. forretningsløyndomar i meir tradisjonell forstand.”⁸⁶

Dette samsvarer med uttalelsene i forarbeidene som gjaldt vilkåret ”utnytte”.⁸⁷ Når det gjelder disse tradisjonelle forretningshemmelighetene, må utgangspunktet være at rettstilstanden er uforandret etter endringen i 1982, i den forstand at det som ble omfattet før endringen også omfattes av dagens ordlyd.

5.3.3 Situasjonen for forhold som faller utenfor forarbeidenes kjerneområde

Etter det som nå er sagt blir spørsmålet hvor langt taushetsplikten rekker utover kjernetilfellene i form av tradisjonelle forretningshemmeligheter.

⁸⁴ Woxholth s. 255

⁸⁵ Ot.prp. nr. 4 (1981-82) s. 35

⁸⁶ Rettleiar til offentleglova s. 85

⁸⁷ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22

Det som gjør at taushetsplikten kan sies å være mer omfattende nå enn før endringen er at vilkåret ”konkurransemessig betydning” etter ordlyden nå knyttes til hvorvidt opplysningene kan medføre økonomisk tap når det gjelder opplysningenes skadevirkning. Dette har støtte i Justisdepartementets veiledning hvor det heter:

”Det avgjerande er om opplysningane etter sin art kan ha slike skadeverknader [økonomisk tap] og ikkje om den konkrete mottakaren av opplysningane sjølv kan ha nytte av dei.”⁸⁸

I samme retning går også uttalelser fra Lovavdelingen om tolkningen av bestemmelsen. Dette gjelder eksempelvis tolkningsuttalelsen som ble gitt i spørsmålet om innsyn i en telefaks sendt fra styreformannen i Kværner til Statsministerens kontor.⁸⁹ Her ble det skissert ulike eksempler på opplysninger som kunne omfattes:

”Også næringsopplysninger som kan føre til **skade av konkurransemessig art på annen måte enn ved at andre bruker opplysningene på tilsvarende måte**, kan etter omstendighetene være undergitt taushetsplikt. Dette kan for eksempel gjelde opplysninger om avtaler og om innholdet i disse, **dersom andre kan bruke disse opplysningene til å erobre en forretningsforbindelse eller ta markedsandeler fra virksomheten**, eller dersom opplysninger om pris og andre avtalevilkår **kan skade virksomhetens posisjon i fremtidige avtaleforhandlinger.**” (mine uthevinger)

Her fremheves det altså som et sentralt moment hvorvidt opplysningene kan ha en skadelig effekt for bedriften, og i hvilken grad denne risikoen gjør seg gjeldende. Videre kan det sies at rammene for hva som etter dette skal være av ”konkurransemessig betydning” synes å være forholdsvis vide.

På bakgrunn av de nevnte uttalelsene fra Justisdepartementet, sammenholdt med ordlyden etter endringen i 1982, kan utgangspunktet synes å være at taushetsplikten har potensial til å favne betraktelig bredere enn det som gjaldt etter 1977-loven.

⁸⁸ Rettleiar til offentleglova s. 84

⁸⁹ Se uttalelse JDLOV-2003-7631

For opplysninger som går utenfor bestemmelsens kjerneområde, kan det i ulike sammenhenger påberopes at offentliggjøring vil være til skade for bedriften. Noen av disse skisseres i den siterte tolkningsuttalelsen. Andre eksempler kan være redusert verdi av PR-/reklamekampanjer, tap av goodwill, vanskeligheter med å oppnå tillatelser/løyver, eller redusert sikkerhet for utsatte virksomheter hvor dette er aktuelt.

Når det gjelder sistnevnte eksempel om sikkerhet, kan det nevnes at Justisdepartementet, i forarbeidene til endringen av offentlighetsloven i 1982, la til grunn at ”plantegninger ved bankhvelv etter omstendighetene kan unntas etter [daværende offentlighetslov] § 6 nr 4”.⁹⁰ Denne bestemmelsen var som nevnt identisk med nåværende fvl. § 13 1. ledd nr. 2.

Offentliggjøring av denne typen opplysninger vil etter omstendighetene kunne medføre betydelige tap for den de angår, og kan derfor hevdes å være av ”konkurransemessig betydning”. Men dette utgangspunktet må nyanseres, noe som også fremheves i veiledningen til offentleglova:

”Opplysningar som kan skade konkurranseevna til verksemda på andre måtar enn ved at andre brukar opplysningane i deira eiga verksemd, kan etter omstenda óg vere underlagde teieplikt. **Det skal likevel ein del til** for at ein vil seie at det gjeld teieplikt for slike opplysningar. **Utgangspunktet vil vere at det ikkje gjer det.**”⁹¹ (mine uthevinger)

Dette synes ikke å være i umiddelbar overensstemmelse med sitatet ovenfor som fremhever at det avgjørende er skadevirkningene. Men poenget må antas å være at det gjelder en høyere terskel for disse opplysningene, all den tid de befinner seg på siden av de mer renskårne tilfellene.

5.3.4 Om den konkrete vurderingen

⁹⁰ Ot.prp.nr.4 (1981-1982) s. 34-35, uttalelsen er nevnt hos Frihagen 1994 s. 68, som forøvrig mener det er ”diskutabelt” om plantegningene ville omfattes av fvl. § 13 1. ledd nr. 2

⁹¹ Rettleiar til offentleglova s. 86

Hittil har vi sett at enkelte opplysninger lettere omfattes av taushetspliktbestemmelsen i § 13 1. ledd nr. 2, i kraft av å regnes som tradisjonelle forretningshemmeligheter. Her vil det ofte være lettere å påvise en ”konkurransemessig betydning”.

Men det viser seg også at andre opplysninger under tiden kan omfattes, til tross for at det ikke nødvendigvis gjelder en tradisjonell forretningshemmelighet. Dette er kanskje også den typen opplysninger som kan antas å skape størst tvil i praksis, fordi det her kan være mer uklart hvilken ”konkurransemessig betydning” som faktisk foreligger.

For tilfellene som befinner seg i det man kan kalle taushetsplikts randsone, må det i større grad bero på en konkret vurdering hvorvidt opplysningene i det enkelte tilfellet er ”av konkurransemessig betydning å hemmeligholde”.⁹² Sett hen til det som er sagt tidligere om hensynene bak bestemmelsen, vil vurderingen på det grunnleggende plan bero på en avveining mellom hensynet til den næringsdrivendes interesser, samt til å bevare tilliten til forvaltningen, på den ene siden, og hensynet til allmennhetens interesse i innsyn på den andre siden.

På bakgrunn av formålsbetraktninger og reelle hensyn, bør det som utgangspunkt kunne stilles opp som et krav for taushetsplikt i disse tilfellene at behovet for hemmelighold veier tyngre enn allmennhetens behov for innsyn.

I vurderingen kan de underliggende hensynene gjøre seg gjeldende og komme til uttrykk på ulike måter. I det følgende vil jeg presentere og gå inn på enkelte sentrale momenter for denne vurderingen av ”konkurransemessig betydning”.

5.3.5 Hvor stor betydning har opplysningene for bedriften?

5.3.5.1 Konkretisering av betydningen for virksomheten

Hva som i det enkelte tilfellet vil være av tilstrekkelig konkurransemessig

⁹² Dette legges til grunn i Rettleiar til offentleglova s. 86, se også Woxholth s. 256 hvor det heter at ”Det lar seg vanskelig gjøre å stille opp kriterier for vurderingen ut over å vise til at bedømmelsen må skje konkret.”

”betydning” vil nødvendigvis bero på en helhetlig vurdering. Det fremgår imidlertid av hensynene bak bestemmelsen, at det er ønskelig å ivareta den private bedriftens legitime behov for å beskytte sine interesser. En sentral vurdering vil derfor være i hvilken grad offentliggjøring av opplysningene kan være til skade for bedriften.

Av forarbeidene fremgår det altså at opplysningene må være av ”en viss betydning”.⁹³ Dette gir ikke stor veiledning utover det som følger av ordlyden. Nøyaktig hva som er tilstrekkelig betydning, kan nødvendigvis ikke slås fast uten en konkret vurdering av den enkelte sak. Enkelte eksempler fra praksis angir likevel visse holdepunkter.

Når det gjelder hva som er av ”betydning” for virksomheten synes det å innfortolkes et krav om en viss konkretisering av opplysningenes skadevirkning, i motsetning til opplysninger som bare antas å kunne ha en mer generell negativ virkning.

Dette kan illustreres med et nylig eksempel fra rettspraksis, i en Høyesterettsdom avsagt 6. april 2010.⁹⁴ Saken gjaldt utlevering av informasjon etter reglene i miljøinformasjonsloven (mlinfl.). Naturvernforbundet ønsket utlevert en detaljert oversikt over ulike typer skog i Oslomarka, eid av foretaket Løvenskiold-Vækerø (LV). Det ble fastslått at kravet gjaldt informasjon som LV i utgangspunktet hadde plikt til å utlevere.

Deretter var spørsmålet om opplysningene likevel kunne holdes tilbake etter regelen i mlinfl. § 17 1. ledd bokstav c, som har tilsvarende ordlyd som fvl. § 13 1. ledd nr. 2. Det fremgår av forarbeidene til miljøinformasjonsloven at bestemmelsene skal forstås likt.⁹⁵ LV anførte at opplysningene gjaldt tømmerressurser og at dette var forretningssensitiv informasjon. Det ble fra dette hold vist til at ”Transportavstander kan påvirke prisene, og voksestedets høyde over havet kan påvirke kvaliteten for visse type produksjoner, og dermed interessen for kjøp. ”

Høyesterett kom imidlertid til at opplysningene ikke var av ”konkurransemessig betydning”. Om dette ble det uttalt:

⁹³ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22

⁹⁴ HR-2010-562-A, i det videre bare omtalt som “LV-dommen”

⁹⁵ Ot.prp. nr. 116 (2001-02) s. 249

”Denne argumentasjonen [til LV] fremstår som nokså teoretisk. Opplysningene er **ikke underbygget med konkrete økonomiske data**, og jeg kan, som lagmannsretten, ikke se at det er godgjort at offentliggjøring av opplysningene i seg selv vil få konkurransemessig betydning for Løvenskiold.” (min utheving)

I lagmannsrettens uttalelse, som Høyesterett sluttet seg til, het det:

”Lagmannsretten ser ikke bort fra at oversikter over hogstmoden skog kan være forretningssensitiv informasjon. **LV har imidlertid ikke på noe stadium i saken angitt mer konkret hvilke konkurransemessige utslag LV risikerer.**”⁹⁶ (min utheving)

Disse uttalelsene viser at ”konkurransemessig betydning” forutsetter at betydningen av offentliggjøring konkretiseres. Det vil som utgangspunkt ikke være tilstrekkelig å vise til at innsyn generelt kan ha en negativ virkning.

En tilsvarende vurdering ble gjort i uttalelsen fra Sivilombudsmannens årsmelding 1993 s. 174. Saken gjaldt her krav om innsyn i et brev fra Riksrevisjonen til Forsvarsdepartementet. Departementet nektet innsyn under henvisning til taushetsplikten etter § 13, fordi brevet avslørte samarbeidsproblemer mellom Sjøforsvaret og en leverandør. Opplysningene rundt dette problematiske forholdet ble av departementet ansett å være konkurransemessig uheldig for leverandørbedriften sin del.

Om opplysningene uttalte ombudsmannen:

”De (...) er ikke i seg selv opplysninger som det er naturlig å karakterisere som drifts- eller forretningsforhold som konkurrenter kan ha nytte av i lovens forstand, men **snarere er det tale om mer generelle opplysninger som angår bedriftens forhold til det offentlige** som kontraktspart. Selv om samarbeidsproblemene mellom leverandøren og SFK kan ha en viss negativ betydning for leverandørbedriften har jeg etter dette, ut fra de opplysninger som har fremkommet i saken, vanskelig for å se at

⁹⁶ Fra dommen i Borgarting lagmannsrett, LB-2008-188126

opplysningene i det aktuelle brevet er av en slik karakter at de er taushetsbelagte.”
(min utheving)

På samme måte som i LV-dommen gjaldt det opplysninger som i seg selv kunne ha en viss negativ effekt for bedriften, noe som taler for ”konkurransemessig betydning”. Men på den annen side fremgår det at Ombudsmannen vektlegger at det ikke gjelder forretningshemmeligheter som konkurrenter kan utnytte direkte. Som beskrevet foran, i slutten av punkt 5.3.3, synes dermed også terskelen for ”konkurransemessig betydning” ved offentliggjøring å være høyere.

I dette tilfellet var generelle samarbeidsproblemer med det offentlige ikke opplysninger av tilstrekkelig konkurransemessig betydning.

Det uttalelsen og LV-dommen viser, er at det i vilkåret ”konkurransemessig betydning” kan innfortolkes et krav om at opplysningenes ”betydning” må være tilstrekkelig konkretisert. I forhold til ombudsmannsuttalelsen synes kravet å være av særlig betydning der man er utenfor bestemmelsens kjerneområde.

Som en motsetning til disse tilfellene kan det vises til en kjennelse fra Frostating lagmannsrett som gjaldt fremleggelsesplikt.⁹⁷ Saken gjaldt en anbudskonkurranse hvor taperen krevet fremlagt vinnerens fakturaer til anbudsinnbyderen. Innbyderen avviste fremleggelseskravet under henvisning til taushetsplikten etter § 13 1. ledd nr. 2, slik at tvistemålsloven § 204 nr. 2 kom til anvendelse. Det sentrale spørsmålet var hvorvidt fakturaene var omfattet av taushetsplikten.

I kjennelsen ble det lagt vekt på at fakturaene ga uttrykk for spesielle rabatter hos leverandøren som vant anbudet, til forskjell fra listepriiser som var offentlig tilgjengelige. Lagmannsretten kom til at fakturaene var av konkurransemessig betydning, med følgende begrunnelse:

”Lagmannsretten er enig med [leverandøren] Fagerhaug & Olstad i at fakturaene vil vise hvilke rabatter som er gitt, **noe som vil vise konkurrenter hvor langt**

⁹⁷ LF-2008-082111

Fagerhaug & Olstad er villig til å strekke seg på pris for å konkurrere om en ordre. Fakturaene vil dermed også gi informasjon om hvordan Fagerhaug & Olstad har satt sammen sitt vinneranbud. Dette er et spørsmål om **strategiske forhold som vil kunne utnyttes av andre**, særlig i samme bransje, og gir grunn for Fagerhaug & Olstad til å ønske opplysningene holdt hemmelige av konkurransemessige hensyn.”
(mine uthevinger)

I denne saken synes det å vektlegges at de strategiske forholdene rundt anbudet var avgjørende for bedriftens stilling, fordi disse ga konkurrentene opplysninger om sammensetningen av tilbudet. Opplysningene hadde derfor en viktig ”betydning” for bedriften. Til forskjell fra LV-dommen og ombudsmannsuttalelsen ovenfor, fremgår det her også klart *hvordan* opplysningene kunne være til skade for leverandørbedriften dersom disse ble offentliggjort. Altså var risikoen for at bedriften kunne lide tap i større grad konkretisert.

5.3.5.2 Der andre forhold er av betydning for konkurransen

Videre kan situasjonen være at opplysningenes betydning er tilstrekkelig konkretisert, men at øvrige forhold er av større betydning. Dette kan utgjøre et argument mot at opplysningene er av tilstrekkelig ”konkurransemessig betydning”. Her kan det vises til uttalelsen i Sivilombudsmannens årsmelding 1998 s. 131, hvor problemstillingen tas opp.

Saken gjaldt en avis som ønsket innsyn i omsetningstallene for alkoholholdige drikker hos bestemte skjenke- og salgssteder i en kommune. Dette ble i utgangspunktet avslått av kommunen og senere Fylkesmannen, med henvisning til at opplysningene var taushetsbelagt.

Sivilombudsmannen kom til motsatt resultat. Her var det spesielt to forhold som ble vektlagt i uttalelsen. Dette gjaldt først det forhold at konkurransen på alkoholomsetning i utgangspunktet var begrenset pga. regler som forbød reklame og rabatttilbud. Dette talte mot at opplysningene var av tilstrekkelig betydning. Videre ble det lagt vekt på at andre forhold i stor grad ville spille inn for konkurransen mellom skjenkestedene:

”For et skjenkested **vil konkurransen også avhenge av en rekke andre faktorer**, som atmosfære, annen servering m.v. Disse forholdene, samt priser og besøksforhold vil være **offentlig tilgjengelige**. Det samme gjelder virksomhetens økonomiske forhold (...) I lys av disse forhold kan jeg ikke se at opplysningene om omsetningstallene vil ha en slik betydning for konkurrerende virksomheter at det tale om opplysninger "av en viss betydning som det er naturlig å regne som hemmelige", jf. [Ot. prp. nr. 3 (196-77)] s. 142. Jeg kan derfor ikke se at opplysningene er undergitt taushetsplikt, jf. forvaltningsloven § 13.” (mine uthevinger)

Her ble altså den konkurransemessige betydningen ansett å være liten fordi andre faktorer ville være tilsvarende viktige, eller viktigere, for konkurransen mellom skjenkestedene. Informasjon om disse øvrige forholdene var dessuten tilgjengelig for konkurrentene, slik at dette ytterligere reduserte betydningen av å hemmeligholde opplysningene. Det samme ble antatt å gjelde for utsalgssteder. I tillegg gjaldt det konkurranse om salg av en spesiell vare, alkohol, hvor det gjaldt konkurransebegrensninger i utgangspunktet. Opplysningene kunne derfor ikke oppfylle kravet om ”konkurransemessig betydning”.

5.3.6 Bedriftens subjektive vurdering og praksis ellers i bransjen

Det kan etter omstendighetene være av en viss betydning hvordan bedriften selv karakteriserer opplysningene. Det er imidlertid ikke tvilsomt at det avgjørende for taushetsplikten er hva som fremgår av en objektiv vurdering.⁹⁸

Når det gjelder bedriftens egen formening om taushetsplikt, må dette imidlertid antas å ha størst betydning for forvaltningens behandling av innsynsbegjæringer. Dette fremgår av en uttalelse fra Sivilombudsmannen hvor det heter:

”I grensetilfelle kan det være vanskelig å avgjøre hvilke opplysninger som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Ofte kan den som opplysningene

⁹⁸ Bedriftens egen vurdering ifht. taushetsplikt er tatt opp i Frihagen 1974 s. 277-278, som behandler daværende offtl. § 6 nr. 4. Her heter det: ”En anmodning om fortrolig behandling vil ikke i seg selv føre til at dokumentet faller utenfor offentlighet (...) Det kan imidlertid gjøre forvaltningsorganet oppmerksom på at innsenderen mener at det går inn under et av unntakene i loven og at han ønsker at det ikke gjøres tilgjengelig”.

angår, bidra til å klargjøre om opplysningene kan ha konkurransemessig betydning. Det kan derfor i vanskelige saker være i best samsvar med god forvaltningspraksis å be bedriften om dens syn på spørsmålet.”⁹⁹

Derimot vil det for vurderingen av ”konkurransemessig betydning” være av større interesse hvorvidt det er praksis for å hemmeligholde tilsvarende opplysninger ellers i bransjen.¹⁰⁰ Dette følger forutsetningsvis av forarbeidenes uttalelse om opplysninger av ”en slik art at det er naturlig å rekne med at en i vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet.”¹⁰¹

Her kan det vises til kjennelsen i Rt. 2007 s. 1841 som gjaldt spørsmålet om misbruk av bedriftshemmeligheter etter strl. § 294 1. ledd nr. 3. I saken kom Høyesterett til at billettbestillingsdata som flyselskapet Braathens hadde fått tilgang til hos konkurrenten Norwegian, utgjorde en bedriftshemmelighet. Det ble lagt vekt på at:

”informasjonen lå i en database som det bare kunne gis tilgang til med samtykke fra Norwegian, og at dataene har kunnet gi **grunnlag for utregning av informasjon som de aller fleste i flybransjen må ha ansett som ønskelig for det enkelte selskap å holde hemmelig**” (min utheving)

Dersom det gjelder informasjon som her, som ”de fleste i bransjen anser som ønskelig for det enkelte selskap å holde hemmelig”, antas dette å være informasjon som etter forarbeidene til fvl. § 13 er ”naturlig å regne med at en i vedkommende virksomhet anser (...) som en hemmelighet.” Dette utgjør i så fall et moment som vil trekke i retning av ”konkurransemessig betydning”.

5.3.7 Tillit til forvaltningen

Et av formålene med bestemmelsen er å opprettholde tilliten til forvaltningen hos bedriften som gir fra seg informasjon. Hvorvidt offentliggjøring kan være til skade for tilliten til forvaltningen hos næringsdrivende antas på bakgrunn av dette å kunne vektlegges ved

⁹⁹ Sivilombudsmannens årsmelding 2001 s. 114

¹⁰⁰ Rettleiar til offentleglova s. 86

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22

taushetspliktavurderingen. Forutsetningen må nødvendigvis være at de aktuelle opplysningene er av en viss betydning i utgangspunktet.

Det følger av forarbeidene at hensynet til tilliten til forvaltningen vil særlig kunne være av betydning hvor næringsdrivende har en opplysningsplikt, og dermed ikke en reell valgmulighet når det gjelder hva slags opplysninger som gis til det offentlige.¹⁰² I slike tilfeller vil det være særlig uheldig dersom opplysninger blir offentliggjort med tap som følge for den næringsdrivende. Et eksempel kan være opplysninger innhentet av Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 24.¹⁰³

5.3.8 Behovet for innsyn

5.3.8.1 Avgrensning av taushetsplikten mot kritikkverdige forhold ved virksomheten

Så langt har vurderingsmomentene vært ulike forhold som kan legitimere behovet for taushetsplikt. Imidlertid kan dette behovet måtte vike for behovet for innsyn dersom dette er sterkt nok, og i forarbeidene påpekes det at taushetsplikten begrenses av at det ”ofte [kan] være sterke allmenne interesser knyttet til saker som angår [næringsforhold]”.¹⁰⁴ Tilsvarende er det flere ganger påpekt hos Sivilombudsmannen at:

”[Det kan] være grunn til å understreke at formålet med bestemmelsene om taushetsplikt ikke har vært å beskytte næringsvirksomhet mot enhver form for konkurranse eller enhver opplysning som er uheldig eller strategisk ugunstig for vedkommende foretak.”¹⁰⁵

¹⁰² Se Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 141 hvor det heter: ”Disse hensynene gjør seg sterkest gjeldende hvor det er pålagt plikt til å gi opplysninger til det offentlige.”

¹⁰³ Hensynet til tilliten til Konkurransetilsynet synes å være et viktig moment i vurderingen i Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 22. juni 2009, tilgjengelig på http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Klagevedtak/Klagevedtak_BT_Buanes.pdf

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 141

¹⁰⁵ Blant annet i Årsmeldingen 1997 s. 31

En viktig avgrensning av taushetsplikten i denne sammenheng er mot det som i forarbeidene omtales som ”disposisjoner eller forhold som ønskes skjult fordi de er kritikkverdige fra et samfunnsmessig synspunkt”.¹⁰⁶ Utgangspunktet her blir derfor at opplysninger som kan ha til dels omfattende skadevirkninger for en bedrift, likevel ikke kan unntas offentligheten dersom den konkurransemessige betydningen skyldes slike forhold.

I forarbeidene nevnes spesielt opplysninger om ”forurensing av vann eller luft, som kan stille bedriften i et ugunstig lys overfor dens kundekrets”¹⁰⁷ som eksempler på forhold som ikke er beskyttelsesverdige. Opplysninger om forurensning gjelder et felt hvor offentlighetsprinsippet antas å stå sterkt, og hensynet til den private virksomheten derfor lettere må vike. Et eksempel på utslag av dette er miljøinformasjonsloven som ble vedtatt i 2003.

Som et annet eksempel på kritikkverdige opplysninger kan det vises til en tolkningsuttalelse fra Lovavdeling som gjaldt utenrikshandel.¹⁰⁸ Her var spørsmålet om tolloven¹⁰⁹ § 8 medførte at opplysninger om hvilke norske bedrifter som handlet med Burma var underlagt taushetsplikt.

Det ble her lagt til grunn at daværende tollov § 8 måtte tolkes i samsvar med fvl. § 13.

Deretter var spørsmålet om opplysninger vedrørende en bedrifts handel med Burma utgjorde ”drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår”, jf. fvl. § 13 1. ledd nr 2.

Det ble først vist til at det normalt ikke ville være av ”konkurransemessig betydning” for en bedrift å hemmeligholde hvilke land man handler med. Men dette måtte likevel vurderes konkret for hver enkelt sak. Imidlertid var det på det rene at opplysninger om handel med Burma ikke kunne være informasjon av slik betydning:

”Det forhold at Burma av mange er ansett som et land Norge ikke bør ha handelsforbindelser med på grunn av **alvorlige brudd på menneskerettighetene mv**, og at det således kan tenkes at en bedrift anser det som **uheldig dersom**

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 141

¹⁰⁷ Ibid. s. 143

¹⁰⁸ Lovavdelings uttalelse 19. november 1998, JDLOV-1997-12176

¹⁰⁹ Lov 10. juni 1966 nr 5 om toll

vedkommendes forbindelser med Burma skulle bli allment kjent, er i denne sammenheng ikke relevant.” (mine uthevinger)

Det som synes å være avgjørende for resultatet her er den samfunnsmessige betydningen som tillegges slik handel med stater kjent for brudd på menneskerettighetene. I uttalelsen påpekes det at saken gjaldt en type opplysninger som ”allmennheten ofte vil ha en legitim interesse i å gjøre seg kjent med”. Dette kan tjene som et godt eksempel på de tilfeller forarbeidene retter seg mot med uttalelsen som gjelder kritikkverdige opplysninger.

Etter dette må det være klart at opplysninger som er av konkurransemessig betydning på grunnlag av samfunnsmessig kritikkverdige forhold ikke kan omfattes av taushetsplikten. Dette utgjør en viktig begrensning i forhold til utgangspunktet stilt opp foran, om at vurderingen hovedsakelig må knyttes til hvorvidt opplysningene kan medføre økonomisk tap.

5.3.8.2 Demokratiske hensyn kan tilsi åpenhet

Som tolkningsuttalelsen i Burma-saken gir uttrykk for, vil allmennhetens behov for innsyn kunne være et tungtveiende argument mot taushetsplikt. I den nevnte saken gjaldt opplysningene kritikkverdige forhold i form av brudd på menneskerettighetene hos Burma som handelspartner. Et annet område hvor behovet for innsyn vil kunne gjøre seg sterkt gjeldende er der hvor demokratiske hensyn tilsier åpenhet.

Dette følger av at offentlighetsprinsippet gir en generell adgang til å kunne kontrollere og etterprøve demokratiske prosesser og avgjørelser i det offentlige. For en konkret vurdering av taushetspliktsbestemmelsen vil det derfor være av betydning dersom innsynskravet gjelder slike opplysninger.

I Sivilombudsmannens årsmelding 2003 s. 59 ble dette hensynet aktualisert. Saken gjaldt Norsk Lotteridrift sin innsynsbegjæring i korrespondansen mellom Norsk Tipping og Kultur- og Kirkedepartementet, i forbindelse med et lovforslag om monopolisering av markedet for spilleautomater.

Det ble anført fra departementets side at korrespondansen var omfattet av taushetsplikten i § 13 fordi det gjaldt ”strategiske vurderinger fra Norsk Tipping AS i forhold til selskapet som sådan som klart må anses som konkurransesensitiv informasjon” og tilsvarende gjaldt for beskrivelsen av visse ”tekniske løsninger”.

Ombudsmannen var imidlertid kritisk til departementets vurderinger og mente at det knyttet seg tvil til om det faktisk gjaldt taushetsbelagte opplysninger. Særlig ble det lagt vekt på at korrespondansen gjaldt betraktninger rundt et lovforslag som kunne få store konsekvenser for Norsk Lotteridrift:

”Når det som i dette tilfellet er tale om en næringsvirksomhets anledning til å **etterprøve og eventuelt imøtegå premissene som ligger til grunn for et lovforslag** som legger opp til bortfall av næringsgrunnlaget for virksomheten, **må det påvises konkrete og vektige konkurransemessige hensyn** som taler for å hemmeligholde opplysningene.” (mine uthevinger)

Denne uttalelsen viser for det første at terskelen for hva som anses å være av ”konkurransemessig betydning” må være høyere for tilfeller hvor behovet for innsyn gjør seg særlig gjeldende. Dernest gir uttalelsen uttrykk for at når opplysningene gjelder grunnlaget for en mulig lovendring vil dette være nettopp et slikt tilfelle med særlig behov for innsyn.

Som i Norsk Tipping-uttalelsen, spilte demokratiske hensyn en viktig rolle når Sivilombudsmannen i årsmeldingen 1997 s. 31 kom til at avisa Demokraten burde få innsyn i rammeavtalen inngått mellom Fredrikstad kommune og DnB. Imidlertid gjorde hensynet seg gjeldende på en litt annen måte her, nemlig i form av allmennhetens og pressens behov for å kunne kontrollere bruken av offentlige midler.

Sivilombudsmannen viste først til betydningen av offentlighetsprinsippet for vurderingen av taushetspliktsbestemmelsen:

”Offentlighetsprinsippet som er fastslått i offentlighetsloven og hensynet til andre beskyttelsesverdige interesser, herunder pressens og allmennhetens behov for innsyn

og kontroll, tilsier en viss forsiktighet med å tolke taushetspliktsbestemmelsen i forvaltningsloven § 13 nr. 2 for vidt.”

Videre ble det uttalt om den konkrete avtalen at det knyttet seg ”sterke prinsipielle betenkeligheter” til å hemmeligholde denne, og at taushetsplikt eventuelt krevde ”konkret påvisning” av de konkurransemessige hensynene som gjorde seg gjeldende. Ombudsmannen mente det var uklart om slike hensyn forelå, da Fylkesmannen kun viste til at banken selv hadde vurdert det slik, og poengterte at:

”(…) det i denne saken er spørsmål om offentliggjøring av en avtale en kommune har inngått vedrørende **disponering av kommunens midler etc. på vegne av fellesskapet**. Pressens og allmennhetens beskyttelsesverdige **behov for innsyn i og kontroll med den offentlige forvaltning fremstår da som viktige hensyn å ivareta.**” (mine uthevinger)

På bakgrunn av dette mente Ombudsmann det var uklart hvorvidt taushetsplikten kom til anvendelse, og mente innsynskravet burde behandles på nytt med en konkretisering av de konkurransemessige hensynene som gjorde seg gjeldende. Da det senere ble anført at avtalen som konsept, og konkrete tallstørrelser tilsa hemmelighold kom Ombudsmannen til at dette heller ikke var tilstrekkelig for taushetsplikt.

Uttalelsen viser at behovet for innsyn vil være særlig sterkt der opplysningene gjelder avtaler inngått av det offentlige og hvor det gjelder bruk av offentlige midler. I disse tilfellene må det stilles tilsvarende strenge krav til den negative virkningen offentliggjøring vil kunne ha for bedriften.¹¹⁰

Situasjonen med tanke på behovet for innsyn vil dermed også være annerledes her, sammenlignet med tilfeller der forvaltningen sitter på opplysninger om avtaler inngått mellom private parter. Behovet for innsyn gjør seg i så fall ikke gjeldende med samme kraft. Det antas at terskelen for hva som anses å være av ”konkurransemessig betydning” da også senkes tilsvarende.

¹¹⁰ Se tilsvarende synspunkter lagt til grunn i årsmeldingen 2005 s. 79 og årsmeldingen 2007 s. 36, som gjaldt utgifter til konsulenttenester i det offentlige,

6 Oppsummering

Utgangspunktet for oppgaven var å redegjøre for hva som omfattes av taushetsplikten for næringsopplysninger etter fvl. § 13. Jeg vil her oppsummere de viktigste konklusjonene jeg er kommet frem til i det foregående.

Det er vanskelig å gi en klar avgrensning av hva som omfattes av taushetsplikten. Først og fremst vil det bero på en helhetlig vurdering av hva som er av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”. Dette medfører at vilkårene i bestemmelsen som gjelder opplysningenes art får mindre selvstendig betydning.

Det kan videre stilles et krav om at opplysningene er hemmelige. Utgangspunktet er et krav om at de ikke må være *alminnelig kjent eller tilgjengelige*. Dette relaterer seg til den konkurransemessige betydningen av taushetsplikt, særlig ved at det må vektlegges hvilken informasjon konkurrentene allerede har, eller kan få, tilgang til. I forlengelsen av dette må det være et minstekrav at opplysningene ikke er lett tilgjengelig for konkurrentene.

Videre vil tradisjonelle forretningshemmeligheter utgjøre kjernen i bestemmelsen. Dette utelukker imidlertid ikke opplysninger som ikke faller i denne kategorien. Disse kan etter en nærmere vurdering omfattes. I denne vurderingen er det enkelte forhold som vil være særlig avgjørende for om opplysningene kan anses å være av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”.

Når det gjelder behovet for å verne bedriftens opplysninger gjennom taushetsplikten, vil dette behovet variere ut fra *hvor stor betydning* opplysningene kan sies å ha for den næringsdrivende. Her vil to viktige spørsmål være hvilket omfang en eventuell skadevirkning vil ha, og dessuten hvilken risiko som foreligger for at slik skade faktisk oppstår. Det kreves også at skadevirkningen av offentliggjøring i tilstrekkelig grad er *konkretisert*.

Videre kan bedriftens *subjektive vurdering av opplysningene* kan til en viss grad være av betydning. Imidlertid er det av større betydning om det er *praksis i bransjen for å hemmeligholde lignende opplysninger*. Det kan også spille en rolle at *tilliten til forvaltningen* opprettholdes ved hjelp av taushetsplikten.

Når det gjelder hensyn som taler for innsyn må det særlig legges vekt på *offentlighetsprinsippet*, som kan utgjøre et tungtveiende argument mot taushetsplikt i visse tilfeller. Dette gjør seg for det første gjeldende ved det må avgrenses mot forhold som ønskes holdt utenfor offentligheten på bakgrunn av *samfunnsmessig kritikkverdige forhold* ved driften. Hensynet kommer dessuten på spissen der det gjelder *demokratiske hensyn* eller *hensynet til kontroll med det offentlige*.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens Forvaltningsrett*, Bind I 2. utgave (Bergen 2010)

Bernt, Jan Fridthjof og Harald Hova, *Offentleglova – med kommentarer* (Bergen 2009)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (ved Jan Helgesen) (Oslo 2001)

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave (Oslo 2010)

Frihagen, Arvid, *Forvaltningsloven kommentarutgave*, Bind I 2. utgave (Oslo 1986)

Frihagen, Arvid, *Offentlighetsloven, offentlighet, taushetsplikt og partsinnsyn*, Bind II 3. utgave (Bergen 1994)

Frihagen, Arvid, *Offentlighetsloven med kommentarer*. 2. utgave (Oslo 1974)

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utgave (Oslo 2002)

Irgens-Jensen, Harald, *Bedriftens hemmelighet* (Oslo 2010)

Woxholth, Geir, *Forvaltningsloven kommentarutgave*, 4. utgave (Oslo, 2006)

Artikler:

Andenæs, Mads Henry, "Tolking av lover med både strafferettslige og sivilrettslige sanksjoner - belyst ved tre av dem", *Lov og Rett*, 1983 s. 163-199

Bernt, Jan Fridthjof, "Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett - noen prinsipielle betraktninger", *Jussens Venner*, 1983 s. 119-135

Bernt, Jan Fridthjof, "Allmennhetens innsyn i det offentliges virksomhet - En oversikt", *Jussens Venner*, 2009 s. 265-284 (Også kunngjort i *Lov og frihet: festskrift til Johs. Andenæs* 1982 s. 509)

Istad, Tarjei, "Misbruk av bedriftshemmeligheter", *Tidskrift for Strafferett*, 2008 nr. 1

Lovkommentar:

Bernt, Jan Fridthjof: *Kommentarnoter til forvaltningsloven*. Gyldendal
Rettsdata, Norsk Lovkommentar (www.rechtsdata.no)

Annet:

Justis- og politidepartementet: Rettleiar til offentleglova

(http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Veiledninger/Rettleiar_offentleglova.pdf)

7.2 Forarbeider

Innstilling fra Konkurranselovkomiteen, 12. februar 1960

Ot.prp. nr. 3 (1976-77) Om lov om endringer i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)

Ot.prp. nr. 4 (1981-1982) Om lov om endringer i lov 19. juni 1970 nr 69 om offentlighet i forvaltningen m.m.

Ot.prp. nr. 116 (2001-02) Om lov om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven)

NOU 2001:2 Retten til miljøopplysninger

NOU 2003:30 Ny offentlighetslov

Ot.prp. nr. 13 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (tingretten si handsaming av saker om ikkje vedtekne førelegg mv.)

7.3 Dommer og uttalelser

Høyesterett:

Rt. 1964 s. 238

Rt. 1995 s. 530

Rt. 2007 s. 1841

HR-2010-562-A

Underrettsdommer

Norsk arbeidsrettslig domssamling (NAD) 1986 s. 189.

LB-1999-298

LF-2008-082111

LB-2008-188126

Sivilombudsmannens uttalelser

Sivilombudsmannens årsmelding 1993 s. 174.

Sivilombudsmannens årsmelding 1998 s. 131

Sivilombudsmannens årsmelding 2001 s. 114

Sivilombudsmannens årsmelding 2003 s. 59

Sivilombudsmannens årsmelding 2005 s. 79

Sivilombudsmannens årsmelding 2007 s. 36

Lovavdelingens uttalelser

Lovavdelings uttalelse 18. august 1989 (JDLOV-1989-61)

Lovavdelings uttalelse 19. november 1998 (JDLOV-1997-12176)

Lovavdelingens uttalelse 14. oktober 2003 (JDLOV-2003-7631)

Andre

Næringslivets Konkurranseutvalg sak nr. 12/1999 (NKU-1999-12)

Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 22. juni 2009 (tilgjengelig på http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Klagevedtak/Klagevedtak_BT_Buanes.pdf)